

Université de Fribourg
Faculté des Sciences économiques et sociales

Bernard Dubey et Jean-Michel Brahier
Chargés de cours

INTRODUCTION AU DROIT

ET AU DROIT DES AFFAIRES

AUTOMNE 2015

1^{ère} partie

Objet et plan de la 1^{ère} partie :

- I. Notions générales sur l'ordre juridique (« Introduction générale ») ;
- II. Introduction au droit des personnes physiques et morales et au droit des sociétés (« Les acteurs de la vie économique ») ;
- III. Introduction au droit public, qui comprendra :
 - une présentation de l'ordre constitutionnel suisse,
 - un aperçu de quelques lois fédérales de droit public, notamment en droit de la concurrence,
 - une introduction au droit international public,
 - et une présentation rapide des instruments de droit européen auxquels la Suisse est partie ainsi que de l'Union européenne et de son fonctionnement.

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION GENERALE : L'ORDRE JURIDIQUE	10
§ 1	LA NOTION DE DROIT	10
1.1	<u>La définition</u>	10
1.2	<u>Les délimitations</u>	11
1.3	<u>Les distinctions</u>	12
1.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	12
§ 2	LES SOURCES DU DROIT	13
2.1	<u>Les notions</u>	13
2.2	<u>Les principales sources formelles du droit</u>	15
a.	Le droit écrit.....	15
b.	La jurisprudence.....	15
c.	La coutume.....	15
2.3	<u>Les sources formelles du droit suisse en Suisse</u>	15
a.	Le principe	15
b.	La loi	16
c.	La coutume et le droit prétorien.....	16
d.	Le rôle de la jurisprudence.....	17
e.	Le rôle de la doctrine.....	17
2.3	<u>L'application du droit</u>	17
a.	La détermination du droit applicable	17
b.	Le "syllogisme judiciaire"	18
c.	Le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge	18
2.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	18
a.	Problèmes particuliers.....	18
b.	Exercice.....	19
§ 3	LES DOMAINES DU DROIT	19
3.1	<u>Le droit international public</u>	19
3.2	Les principaux domaines du droit interne	19
a.	La distinction droit public / droit privé	20
b.	Le droit public	21
c.	Le droit privé.....	22
d.	Le droit économique ?.....	23
3.3	Excursus : Le droit de l'Union européenne.....	23
3.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	24
	Exercices	24
II.	LES ACTEURS DE LA VIE ECONOMIQUE	25
	INTRODUCTION – LES SUJETS DE DROIT	25
§ 4	LES PERSONNES PHYSIQUES	26
4.1	<u>La capacité civile des personnes physiques</u>	26
a.	La capacité civile.....	26

b.	La capacité civile des mineurs et des majeurs sous curatelle de portée générale	27
c.	Les incapables de discernement	27
4.2	<u>Les droits de la personnalité</u>	28
a.	La définition	28
b.	La nature des droits de la personnalité	28
c.	La dignité de la personne	28
4.3	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	28
a.	Problèmes particuliers	28
b.	Exercices	28
§ 5	LES PERSONNES MORALES	29
5.1	<u>La notion</u>	29
a.	La définition	29
b.	Les espèces de personnes morales de droit privé	29
5.2	<u>La capacité civile des personnes morales</u>	30
a.	L'acquisition de la personnalité morale	30
b.	L'exercice des droits civils	30
5.3	<u>Les droits de la personnalité de la personne morale</u>	31
5.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	31
a.	Exercices	31
§ 6	LES FONDATIONS	31
6.1.	<u>La notion</u>	31
a.	Une masse de biens	32
b.	Individualisée	32
c.	Affectée à un but spécial	32
d.	Dotée de la personnalité morale	32
6.2.	<u>Les types de fondations</u>	33
a.	Les fondations publiques	33
b.	Les fondations privées ordinaires	33
c.	Les fondations privées spéciales	33
6.3.	<u>La constitution de la fondation</u>	33
6.4.	<u>L'organisation de la fondation</u>	34
a.	Les organes	34
b.	La gestion de la fondation	34
c.	Les bénéficiaires ou destinataires	34
6.5.	<u>La surveillance de la fondation</u>	34
6.6	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	35
§ 7	LES PERSONNES MORALES ET AUTRES SOCIÉTÉS DU CO	35
7.1	<u>Introduction</u>	35
a.	La distinction entre personnes morales et autres entités du CO ..	35
b.	La notion de société	36
c.	Le catalogue légal des sociétés	37
d.	La distinction en fonction du lien unissant la société à ses membres	38
e.	La structure générale des règles du CO sur les sociétés	38

7.2	<u>La société simple</u>	39
a.	La notion	39
b.	La constitution.....	39
c.	L'organisation	39
d.	Les rapports avec les tiers	40
e.	La responsabilité à l'égard des tiers	40
7.3	<u>La société anonyme (SA)</u>	40
a.	La définition	40
b.	La constitution.....	41
c.	L'organisation	41
d.	Les rapports avec les tiers	43
e.	La responsabilité à l'égard des tiers	43
f.	Les révisions du droit des SA.....	43
7.4	<u>La société à responsabilité limitée (Sàrl / SARL)</u>	44
a.	La définition	44
b.	La constitution.....	44
c.	L'organisation	45
d.	Les rapports avec les tiers	46
e.	La responsabilité à l'égard des tiers	46
7.5	<u>La société en nom collectif</u>	46
a.	La définition	46
b.	La constitution.....	46
c.	L'organisation	47
d.	Les rapports avec les tiers	47
e.	La responsabilité à l'égard des tiers	48
7.6	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	48
a.	Problèmes particuliers	48
III.	LE DROIT PUBLIC	50
	INTRODUCTION	50
	<i>Chapitre 1 L'ordre constitutionnel suisse</i>	51
§ 8	LA CONSTITUTION FEDERALE	51
8.1	<u>Notions</u>	51
8.2	<u>Les différents organes de l'Etat fédéral</u>	52
a.	La structure fédérale.....	52
b.	Les cantons en tant que collectivités publiques autonomes	52
c.	Les cantons en tant qu'organes de la Confédération.....	53
8.3	<u>La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons</u>	53
a.	Le principe des art. 3 et 42 Cst.....	53
b.	La portée des art. 3 et 42 Cst.....	54
c.	Les modes d'attribution de compétences	55
d.	La sanction de la répartition des compétences	56
8.4	La hiérarchie des normes fédérales.....	57
a.	Le principe	57
b.	Les particularités du système helvétique.....	57

c.	La procédure de révision de la Constitution	58
d.	La forme des actes législatifs fédéraux	59
8.5	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	59
a.	Problèmes particuliers	59
b.	Exercices	60
§ 9	LES DROITS CONSTITUTIONNELS	60
9.1	<u>La notion</u>	60
9.2	<u>Les sources des droits fondamentaux</u>	61
9.3	<u>Les caractéristiques des droits constitutionnels</u>	62
a.	Des droits dirigés contre l'Etat	62
b.	Des droits négatifs	62
c.	Les restrictions aux droits constitutionnels	63
d.	Les titulaires des droits constitutionnels	64
9.4.	<u>Quelques droits constitutionnels</u>	64
a.	Les droits sociaux	64
b.	Le droit à l'égalité de traitement	64
c.	Les garanties de procédure	65
d.	L'interdiction de l'arbitraire	65
9.5	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	66
a.	Problèmes particuliers	66
b.	Exercices	66
§ 10	LA CONSTITUTION ECONOMIQUE DE LA SUISSE	66
10.1	<u>La Constitution de 1848</u>	66
10.2	<u>La Constitution de 1874</u>	66
10.3	<u>La Constitution de 1999</u>	67
10.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	68
§ 11	LA GARANTIE DE LA PROPRIETE	68
11.1	<u>La notion</u>	68
a.	La définition et la base constitutionnelle	68
b.	Les droits protégés	69
c.	Les titulaires	69
11.2	<u>Les restrictions à la garantie de la propriété</u>	69
11.3	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	70
a.	Problèmes particuliers	70
b.	Exercices	70
§ 12.	LA LIBERTE ECONOMIQUE	70
12.1	<u>La notion</u>	70
a.	La définition	70
b.	Bref rappel de l'évolution de la conception de la liberté du commerce et de l'industrie (LCI)	71
c.	La portée de la liberté économique: les trois « fonctions » de la liberté économique	71
d.	Les titulaires	72
12.2	<u>Les restrictions à la liberté économique</u>	72

a.	Les mesures de police	72
b.	Les mesures de politique économique	73
c.	Les monopoles étatiques	73
12.3	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	73
a.	Problèmes particuliers	73
b.	Exercices	73

Chapitre 2 Quelques lois de droit public économique 75

§ 13. LE DROIT DE LA CONCURRENCE 75

13.1	<u>La notion</u>	75
a.	La définition	75
b.	La nature	75
c.	Les buts de la politique de concurrence	76
d.	Les domaines du droit de la concurrence	77
13.2	<u>La loi contre la concurrence déloyale (LCD)</u>	77
a.	Le champ d'application	77
b.	L'objet	78
c.	Les sanctions	78
13.3	<u>La loi sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence (LCart)</u>	79
a.	Le champ d'application	79
b.	L'objet	79
c.	La sanction	80
d.	Révision de la LCart	81
13.4	<u>La loi sur la surveillance des prix (LSPr)</u>	81
a.	Le champ d'application	81
b.	L'objet	81
c.	La sanction	82
13.5	<u>La loi sur le marché intérieur (LMI)</u>	82
a.	Le but et l'objet	82
b.	Les moyens de garantir l'accès au marché	82
c.	Les restrictions admises	83
d.	La portée de la LMI	83
e.	L'application	83
13.6	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	84
a.	Problèmes particuliers	84
b.	Exercices	84

§ 14. LE DROIT BANCAIRE ET LE DROIT BOURSIER 85

14.1	<u>La notion</u>	85
a.	Les définitions	85
b.	Le contenu et les sources	85
14.2	<u>La loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB)</u>	86
a.	Le champ d'application	86
b.	Le contenu	87
c.	La sanction	88

14.3	<u>La loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM) ..</u>	88
	88
a.	Les objets	88
b.	Les moyens.....	88
c.	Les sanctions	89
14.4	<u>La loi sur le blanchiment d'argent (LBA)</u>	89
a.	Le champ d'application.....	89
b.	L'objet	89
c.	Les moyens.....	90
d.	La sanction	91
14.5	<u>La loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)</u>	91
14.6	<u>Le projet de loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)...</u>	92
14.7	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....</u>	93
a.	Problèmes particuliers	93
b.	Exercices	93

<i>Chapitre 3 : Le droit international public</i>	94
---	----

§ 15. L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	94
---	----

15.1	<u>La notion</u>	94
15.2	<u>Les sujets de droit et les instruments du droit international public</u>	94
a.	Les sujets de droit.....	94
b.	Les instruments	95
15.3	<u>Quelques domaines particuliers.....</u>	95
a.	Le droit international garantissant les droits de l'homme	95
b.	Le droit international économique	96
c.	Le droit pénal international	96
15.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....</u>	100
a.	Problèmes particuliers	100

§ 16 LE CONSEIL DE L'EUROPE.....	100
----------------------------------	-----

16.1	<u>Généralités</u>	100
16.2	<u>L'organisation.....</u>	100
16.3	<u>La Convention européenne des Droits de l'Homme</u>	101
a.	Le contenu	101
b.	Les effets	101
c.	La procédure.....	101
16.4	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....</u>	103
a.	Problèmes particuliers	103
b.	Exercice	103

§ 17 L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU)	104
---	-----

17.1	<u>Généralités</u>	104
a.	L'historique	104
b.	La nature juridique de l'ONU	104
17.2	<u>Les buts et les principes.....</u>	105
a.	Les buts	105

b.	Les principes	105
17.3	<u>Les structures institutionnelles</u>	106
a.	Les organes principaux	106
b.	Les organes subsidiaires.....	109
c.	Les institutions spécialisées	109
17.4	<u>L'appartenance à l'ONU</u>	110
17.5	<u>La Cour pénale internationale (CPI)</u>	110
17.6	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	110
§ 18	<u>L'UNION EUROPEENNE (UE)</u>	111
18.1	<u>L'importance pratique de l'UE</u>	111
18.2	<u>L'évolution de l'UE</u>	112
a.	Un processus évolutif : bref historique	112
b.	Le Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne, TUE)	113
c.	Le Traité d'Amsterdam	114
d.	Le traité de Nice	114
e.	Le projet de Constitution européenne	115
f.	Le Traité de Lisbonne	115
18.3	<u>Les institutions de l'Union européenne</u>	117
a.	Le Conseil de l'Union (art. 16 TUE; art. 237 ss TFUE)	117
b.	La Commission (art. 17 TUE; art. 244 ss TFUE)	120
c.	Le Parlement européen (art. 14 TUE; art. 223 ss TFUE)	120
d.	Le Haut Représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et le Service européen pour l'action extérieure (art. 18, 24, 27 TUE).....	121
e.	Le Conseil européen (art. 15 TUE; art. 235 s TFUE)	122
f.	La Cour de Justice et le Tribunal (art. 19 TUE; art. 251 ss TFUE)	122
g.	Les autres institutions.....	123
18.4	<u>L'ordre juridique de l'Union européenne</u>	124
a.	Les compétences attribuées.....	124
b.	Les sources du droit de l'UE.....	125
18.5.	<u>Les rapports entre le droit de l'UE et le droit national</u>	125
a.	Le principe d'intégration.....	125
b.	Le principe de l'application directe.....	126
c.	Le principe de primauté	126
18.6.	<u>Bref aperçu du droit matériel de l'Union européenne</u>	127
a.	Le droit du marché intérieur.....	127
b.	Le droit de la concurrence.....	128
c.	Les autres politiques de l'Union européenne	130
18.7.	<u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	131
a.	Problèmes particuliers.....	131

<i>Chapitre 4 : La Suisse et son économie dans le contexte international</i>	132
§ 19 LA SUISSE, PARTENAIRE ET MEMBRE DE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE.....	132
19.1 <u>Une lente évolution</u>	132
19.2 <u>Les relations entre le droit international et le droit interne</u>	133
a. La compétence en matière de traités	133
b. Les effets du droit international et son application	134
c. Le rapport hiérarchique entre le droit international public et le droit interne.....	134
19.3 <u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	135
a. Problèmes particuliers.....	135
§ 20 LA SUISSE ET L'UNION EUROPEENNE : LES ACCORDS BILATERAUX.....	136
20.1. <u>Généralités</u>	136
a. Historique.....	136
b. Accords conclus	137
c. Négociations en cours ou à venir	140
20.2. <u>La nature juridique</u>	143
a. Du point de vue suisse.....	143
b. Du point de vue de l'UE.....	143
20.3. <u>L'application des Accords bilatéraux I</u>	143
a. Le comité mixte.....	143
b. L'effet direct.....	144
20.4 <u>L'effet des accords bilatéraux sur l'ordre juridique interne</u>	144
a. La primauté	144
b. L'harmonisation du droit suisse	144
§ 21 LA SUISSE ET L'AELE (POUR MEMOIRE).....	145
21.1. <u>Généralités</u>	145
21.2. <u>Le contenu des accords AELE (en bref)</u>	145
a. La Convention de Stockholm de 1960 (pour mémoire).....	145
b. La Convention révisée de Vaduz du 21 juin 2001	147
§ 22 LA SUISSE ET L'OMC (BREF SURVOL)	147
22.1 <u>L'Accord GATT</u>	147
22.2. <u>L'accord OMC de Marrakech</u>	148
22.3. <u>Les Accords GATS et TRIPs et l'Accord sur les marchés publics</u> ..	149
22.4. <u>Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence</u>	149
a. Exercice.....	149

I. INTRODUCTION GENERALE :

L'ORDRE JURIDIQUE

§ 1 LA NOTION DE DROIT

Textes législatifs : –

Bibliographie : Y. LE ROY / M.-B. SCHOENENBERGER, Introduction générale au droit suisse, 3^{ème} éd. Schulthess, Zurich, 2011 ; Ch. ROTEN / P. TERCIER, La recherche et la rédaction juridiques, 6^{ème} éd. Schulthess, Zurich, 2011 ; M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, Paris, 1994

1.1 La définition

Tout « groupe » de personnes implique inmanquablement l'adoption des règles des plus diverses. La conduite de l'homme en société sera ainsi régie par de nombreux types de règles : il y aura des règles morales, des règles religieuses, des règles coutumières, des usages et, enfin, des « règles juridiques » (voir ch. 1.2.).

Les « règles juridiques » présentent des caractéristiques communes : ce sont des règles générales et abstraites, édictées ou reconnues par un organisme officiel de l'état, qui régissent l'organisation et le déroulement des relations sociales et dont le respect est assuré par des moyens de contraintes organisées (= force contraignante). Cette définition appelle les trois précisions suivantes :

(a) Les règles juridiques sont « générales et abstraites » :

- Elles sont générales, c'est-à-dire applicables à un nombre indéterminé de personnes. Elles ne sont donc pas prévues pour une personne en particulier.
- Elles sont abstraites, c'est-à-dire prévues pour un nombre indéterminé de situations concrètes. Elles ne sont donc pas prévues pour un cas en particulier.

Sur la base de ces deux critères, les règles se distinguent notamment des décisions.

(b) Ces règles sont « éditées ou reconnues par un organisme officiel de l'état ». Il est question de l'origine de la règle de droit. On répond à la question suivante : d'où vient la règle juridique ?

Depuis longtemps les philosophes du droit disputent la question :

- Selon la théorie du droit naturel, les règles de conduite des hommes sont intemporelles et universelles car elles appartiennent à la nature humaine et à la nature des choses. En les inscrivant dans une loi, le législateur ne fait que reproduire ces règles du droit naturel pour les rendre obligatoires.
- Selon les positivistes, la règle juridique ne peut exister que si elle est adoptée par un organe compétent. Cette règle peut être identifiée et distinguée au moyen de critères qui se rapportent

non pas à son contenu, mais à son « pedigree », c'est-à-dire à la manière dont elle a été adoptée ou développée. Il est également donné une grande importance à la cohérence du système juridique organisé selon le degré d'importance (hiérarchie) des règles.

Dans une démocratie, la règle juridique est adoptée par le peuple ou par ses représentants. Ces représentants adoptent des règles de droit lorsque le besoin s'en fait sentir dans la société (c'est ce que l'on appelle les « sources matérielles » du droit - à ne pas confondre avec les sources formelles ; cf. § 2.1/a). Par ailleurs, ces règles reflètent en général les valeurs dominantes d'une société.

(c) Ces règles bénéficient de la force contraignante. Une règle juridique indique ce qui doit être fait ; elle énonce un comportement obligatoire, ce qui implique une sanction lorsque la règle n'est pas respectée. Les sanctions peuvent être distinguées en fonction du type de sanctions : les sanctions directes (annulation ou contrainte) et les sanctions indirectes (peines ou dommages-intérêts s'il est impossible de rétablir le droit violé).

L'origine de la règle de droit (caractère officiel) et son caractère obligatoire (force contraignante) sont les deux caractéristiques qui permettent de la distinguer des autres règles sociales de comportement, lesquelles ne s'imposent pas par la force publique (cf. ci-dessous). Elles lui donnent son caractère juridique (« règle juridique »).

L'ensemble des « règles juridiques », c'est-à-dire l'ensemble des règles qui présentent les caractéristiques exposées ci-devant, constitue le droit. On parle également des « règles de droit ».

1.2 Les délimitations

Les « règles juridiques » ne sont pas les seules à régir les relations sociales, comme relevé ci-devant (cf. § 1.1). Il existe en effet un grand nombre d'autres règles, de nature différente : les règles morales, les convenances (mœurs), les règles religieuses. Celles-là n'ont pas le caractère de « règles juridiques ». La sanction qu'entraîne leur violation n'est pas de même nature que la sanction d'une règle juridique. Les mœurs, la morale et la religion jouent néanmoins un rôle important dans l'adoption des « règles juridiques » (cf. les « sources matérielles » ; sur la notion, cf. § 2.1/a).

Un même comportement social est ainsi souvent réglé par plusieurs types de règles : par exemple, le mariage est réglé par des « règles juridiques », des règles religieuses et des règles dictées par les mœurs.

Sur la distinction entre règles de droit et règles de jeu, cf. § 1.4 ci-dessous.

Le droit doit également être distingué du contrat. Certes, on dit parfois que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (cf. art. 1134 du Code civil français) et qu'ainsi le contrat est la loi des parties. Toutefois c'est bien la loi qui confère leur caractère obligatoire à ces conventions, dont les dispositions ne sauraient contrevenir à des dispositions expresses du droit positif (sur cette notion, cf. § 1.3 ci-dessous). La force obligatoire du contrat découle donc de la loi elle-même, et non simplement d'un supposé pouvoir des parties capables de créer du droit ex nihilo. Le contrat est une source d'obligations, acceptées et choisies par les parties,

contrairement à d'autres obligations non voulues telles que celles qui découlent des règles de la responsabilité civile.

1.3 Les distinctions

Le droit objectif est l'ensemble des règles de droit tel que défini ci-dessus (§ 1.1). Le droit objectif est formulé de manière générale et impersonnelle ; il s'adresse à toutes les personnes qui forment le corps social. Il ne concerne personne en particulier.

On distingue le droit objectif du droit subjectif qui considère le droit sous l'angle de la personne humaine en tant que telle et s'intéresse aux prérogatives qui lui sont attribuées. Une personne (appelée également sujet de droit) a un droit subjectif lorsqu'elle dispose de la faculté de faire ou d'exiger quelque chose, en vertu d'une règle de droit objectif.

Le droit positif n'est qu'une sous-catégorie du droit objectif, puisqu'il désigne l'ensemble du droit actuellement en vigueur dans un corps social, qu'il s'agisse d'une collectivité publique (Etat, canton, commune) ou dans une entité donnée (UE, etc). Autrement dit, c'est le droit en vigueur, qui, par définition, est changeant selon les lieux et les époques.

En ce sens, le droit positif s'oppose au droit naturel qui est l'ensemble des droits que chaque individu possède du fait de son appartenance à l'humanité, et non de par la société dans laquelle il vit.

"Il n'y a point de droit naturel : ce mot n'est qu'une antique niaiserie. Avant la loi, il n'y a de naturel que la force du lion, ou le besoin de l'être qui a faim, qui a froid, le besoin en un mot." (Stendhal - 1783-1842 - Le Rouge et le Noir).

1.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- Faut-il légaliser la consommation du cannabis ? Pourquoi ?
- Dans le cas du génie génétique relatif au corps humain, quelle est la portée des règles déontologiques des médecins ?
- Les règles comptables du Code des obligations peuvent-elles renvoyer aux normes « International Accounting Standards » (IAS) ?

b. Exercices

- 1° Au cours d'une partie de football, à la 90^{ème} minute, l'arbitre siffle un penalty pour une faute que personne d'autre que lui n'a constatée.

Le Président du club qui a perdu le match suite au but marqué sur penalty veut déposer un protêt ou un recours. L'entraîneur lui explique qu'on ne peut pas déposer protêt contre ce genre de décision. Le Président veut saisir le juge civil (s'il n'y a pas de recours possible au sein de la Fédération Suisse de Football), car il avait investi beaucoup d'argent dans cette équipe qui, suite à cette défaite, ne pourra pas accéder à la ligue supérieure. Quid ?

- 2° Au cours d'un match de hockey sur glace un joueur est victime d'une charge incorrecte. Selon des témoins et les images de la télévision, la charge était intentionnelle.

La victime, qui a été projetée contre la bande, et dont plusieurs vertèbres ont été fracassées, est paralysée à vie. Le comportement de l'auteur de la charge incorrecte sera-t-il apprécié uniquement selon les règles de la Ligue Suisse de Hockey sur glace ou d'autres règles pourraient-elles être appliquées ? La victime peut-elle introduire une action en justice ?

§ 2 LES SOURCES DU DROIT

Textes législatifs : Art. 1^{er} CC ; Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004 (RS 170.512 ; LPubl)

Bibliographie : P.-H. STEINAUER, Le titre préliminaire du Code civil, Basel, 2008 ; D. DÜRR, Art. 1, in : Commentaire zurichois (ZKomm), Zurich 1998 ; Y. LE ROY / M.-B. SCHOENENBERGER, Introduction générale au droit suisse, 3^{ème} éd., Zurich 2011 ; F. WERRO, Art. 1, in : Commentaire romand (CR CC I), Bâle 2010

2.1 Les notions

Une source laisse découler son eau ; une source est l'endroit d'où l'eau sort. De manière figurée, une source est l'origine de quelque chose. Le droit prend sa source (son origine) dans une « volonté », qu'elle soit celle de Dieu, de la Nature ou de l'Etat (auquel cas le droit est l'expression de la souveraineté populaire). C'est cette source, cette volonté, qui dotera le groupe social de règles juridiques contraignantes sur lesquelles s'appuieront les juges et les autorités. Elle contribue à créer l'ensemble des règles juridiques applicables à un moment donné.

Le langage juridique utilise le terme « sources du droit », lequel peut avoir plusieurs significations : il peut viser les « sources formelles du droit », les « sources matérielles du droit » ou les « sources documentaires du droit ». Ces notions seront exposées ci-après.

Les sources formelles du droit sont les textes (tels que les traités internationaux, les constitutions, les lois, les règlements) ou les « pratiques » (tels que la coutume, la jurisprudence, les principes religieux) qui comprennent les règles de droit. Est donc déterminante la forme (textes ou pratiques) sous lesquelles les règles de droit doivent être manifestées pour être reconnues comme telles dans un ordre juridique. Cette forme

est fonction des procédés d'élaboration et de publication du droit qui permettent de considérer qu'une règle appartient au droit.

Les sources formelles du droit sont multiples : droit écrit, jurisprudence, doctrine, coutume. Elles sont soumises à la « théorie des climats », en ce sens qu'elles sont différentes d'un système juridique à un autre :

- En Europe et en Amérique latine, les sources formelles du droit sont principalement les textes écrits, édictés ou approuvés par l'autorité compétente (Constitution, lois, ordonnances, arrêtés, etc.). Les règles de droit doivent ainsi revêtir en général la forme du droit écrit, pour être reconnues comme telles.
- En Grande-Bretagne, aux Etats-Unis d'Amérique et dans les autres pays de « common law », les règles de droit revêtent principalement la forme de décisions de justice relatives à une question juridique donnée. On parle de jurisprudence ou « common law ».
- En Insulinde et en Océanie, les règles de droit revêtent principalement la forme d'un usage juridique oral, consacré par le temps et accepté par la population d'un territoire déterminé. On parle de coutume. Si la coutume est la source du droit la plus ancienne, elle est actuellement la moins importante.

Les sources formelles du droit s'opposent aux sources matérielles du droit, qui sont les faits ou les réalités qui incitent le législateur à adopter des règles juridiques. Ainsi, au vu des résultats obtenus par la science en génie génétique (source matérielle), le législateur décide de tracer certaines limites à l'activité scientifique en adoptant une loi (source formelle). Les sources matérielles du droit ne sont donc pas des règles de droit, mais elles influencent les règles de droit, puisqu'elles en constituent l'inspiration, les origines historiques et intellectuelles.

Les sources documentaires du droit sont l'ensemble des documents dans lesquels sont reproduites les règles de droit applicables. C'est dans ces documents que le juriste se réfère pour apporter la preuve de la règle invoquée.

Par exemple, le droit fédéral est publié dans le Recueil officiel du droit fédéral (Recueil officiel, RO) ; ce recueil est une collection qui publie, dans l'ordre chronologique, tous les actes législatifs fédéraux et tous les traités internationaux et décisions relevant du droit international pour autant qu'ils lient la Suisse (art. 2 et 3 LPubl). C'est la seule publication qui fait foi en droit suisse et qui produit pour les particuliers (art. 8 LPubl). La Confédération publie également le Recueil systématique du droit fédéral (RS) ; ce recueil contient les actes législatifs, les décisions et traités internationaux, les accords intercantonaux qui ont été publiés au RO et qui sont encore en vigueur, de même que les constitutions cantonales (art. 11 LPubl). Alors que la version imprimée du Recueil systématique est mise à jour au maximum quatre fois par an, la version électronique est mise à jour en permanence. Sauf circonstances particulières et exceptionnelles, les juristes ne se réfèrent qu'au RS.

2.2 Les principales sources formelles du droit

a. Le droit écrit

Le droit écrit est l'ensemble des règles juridiques contenues dans les textes édictés ou approuvés par l'autorité compétente (lois, ordonnances, arrêtés, etc.).

En Europe continentale, le droit écrit est la principale source du droit.

Cela n'est toutefois le cas que depuis le début du XIX^{ème} siècle, lorsque les coutumes – qui étaient alors la principale source du droit – furent remplacées par des codes. En adoptant un code (civil, pénal, administratif), le législateur n'a pas simplement transcrit la coutume ; il a également ordonné la matière d'une manière systématique, afin de traiter tous les problèmes qui peuvent se présenter dans un domaine juridique. On parle alors de "codification" du droit.

b. La jurisprudence

La jurisprudence est l'ensemble des règles juridiques qui se dégagent des décisions précédemment rendues par les autorités judiciaires ou administratives. Dans les pays de « common law », le droit est donc créé par les juges et non par la loi ; la primauté est donnée aux précédents jurisprudentiels. Ce sont les décisions qui illustrent comment un problème juridique a été résolu et doit l'être à l'avenir ; la jurisprudence lie ainsi les juges dans l'avenir.

c. La coutume

Le droit coutumier est l'ensemble des règles juridiques qui résultent d'un usage implanté dans une collectivité et tenu par elle comme juridiquement obligatoire.

Actuellement, en droit interne, les coutumes ne jouent plus qu'un rôle marginal. Elles ont été peu à peu remplacées par des règles de droit écrit :

- en droit civil (adoption de codes) ;
- en droit international public (adoption de traités) ;
- en droit commercial international (adoption des INCOTERMS et des règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale ; cf. Cours d'Introduction au droit II).

2.3 Les sources formelles du droit suisse en Suisse

a. Le principe

L'énumération des sources (formelles) du droit suisse et leurs relations entre elles sont énoncées à l'art. 1^{er} CC. Cet article s'applique non seulement au droit privé, mais également aux autres domaines du droit, par analogie et avec des ajustements tirés de la spécificité des matières.

Par exemple, le principe de la légalité interdit la création de nouvelles infractions par voies coutumière ou prétorienne en droit pénal.

L'art. 1^{er} CC doit sa notoriété au-delà même de nos frontières au rôle qu'il attribue ouvertement, à côté de la loi, à la coutume, au juge et à la doctrine. Il prévoit ainsi que :

- La loi est la première source du droit ; elle prime les autres (« à défaut... »).
- La coutume est la deuxième source du droit.
- La troisième source du droit est le droit prétorien, c'est-à-dire les « règles que <le juge> établirait s'il avait à faire acte de législateur » (art. 1^{er} al. 2 CC).

b. La loi

C'est donc à la loi, en tant que norme générale et abstraite, édictée selon des formes et des procédures définies, que revient la place première dans l'édifice du droit. La volonté du législateur est le pivot central du droit.

La notion de « loi » doit être comprise dans le sens de « droit écrit », comprenant non seulement les lois au sens formel, mais également les ordonnances et règlements adoptés par l'exécutif et les constitutions, fédérale et cantonales.

A noter qu'il existe des sources dites « atypiques » du droit écrit. On peut citer par exemple les contrats-types et les conventions collectives, lesquels peuvent également constituer des sources du droit écrit :

- Les contrats-types sont des modèles de contrats édictés par une autorité publique et imposés par une décision officielle à certaines catégories de relations privées.
- Les conventions-collectives sont des contrats conclus entre les représentants d'associations professionnelles chargées de promouvoir les intérêts de catégories socioprofessionnelles (par exemple, syndicats de travailleurs et associations d'employeurs). Par voie administrative, elles peuvent être étendues à l'ensemble des membres des professions auxquelles appartiennent leurs signataires.

c. La coutume et le droit prétorien

Le droit coutumier et le droit prétorien, complémentaires de la loi, ne peuvent naître qu'en cas de lacune proprement dite – c'est-à-dire lorsque le législateur s'est abstenu (involontairement) de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte légal ou de son interprétation –, mais jamais en cas de silence qualifié.

En droit interne suisse, la coutume est très rare ; elle est plus courante en droit international.

Lorsque le juge ne trouve de règle de droit ni dans le droit écrit, ni dans la coutume, il doit établir lui-même une règle pour trancher le cas qui lui est soumis. Il dispose à cet égard d'un pouvoir de suppléance, appelé « droit prétorien ». Le droit prétorien est ainsi le pouvoir que l'art. 1 al. 2 CC donne au juge pour résoudre un litige lorsque la loi et la coutume sont lacunaires. On aurait pu parler de « pouvoir prétorien » ou « pouvoir de décision du juge ».

En effet, la portée de ce droit créé par le juge est toujours celle du jugement. La règle de droit ainsi créée résout le cas particulier et n'a qu'un effet relatif. Le juge ne légifère pas pour l'ensemble de la population. Néanmoins, les autres juges, qui auront à trancher des cas semblables, pourront s'inspirer de sa solution, de « sa règle ». L'art. 1 al. 2 in fine CC consacre ainsi la reconnaissance du pouvoir du juge face aux lacunes de la loi.

d. Le rôle de la jurisprudence

Au sens large, la jurisprudence est l'œuvre des tribunaux. Il convient d'en distinguer deux aspects.

Le premier aspect est celui du comblement des lacunes, réglé à l'art. 1 al. 2 CC ; on parle du droit prétorien (cf. ci-devant c.).

Le second aspect de la jurisprudence est celui de l'interprétation de la loi telle qu'elle se dégage des arrêts rendus par les tribunaux ; il fait l'objet de l'art. 1 al. 3 CC. En effet, dans sa décision, le juge doit s'inspirer « *des solutions consacrées par <...> la jurisprudence* ». La jurisprudence apparaît ainsi comme une « autorité », jouant un rôle certain dans l'évolution du droit suisse et dans son application.

Il faut ainsi par exemple souligner l'importance de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits constitutionnels. Par sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu l'existence de droits constitutionnels non-écrits. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), dont les arrêts doivent être reconnus par les autorités suisses, elle a, par son interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), dégagé de nombreux principes juridiques qui s'imposent aux Etats signataires (cf. § 16, ch. 16.3, ci-dessous).

En conséquence, la jurisprudence n'est en principe pas une source de droit dans le système juridique suisse (art. 1 al. 3 CC), sauf cas exceptionnel (droit prétorien ; cf § 2.2/c ; art. 1 al. 2 in fine CC), contrairement à ce qui prévaut dans d'autres ordres juridiques.

e. Le rôle de la doctrine

La doctrine est l'ensemble des opinions émises dans les traités, les commentaires, les monographies, les articles. Seule la doctrine éprouvée doit être prise en compte, conformément à l'art. 1 al. 3 CC. Tout comme la jurisprudence, le juge doit s'en inspirer dans sa décision.

2.3 L'application du droit

a. La détermination du droit applicable

La détermination de la règle de droit applicable joue un rôle essentiel dans l'application du droit.

En effet, le juge (ou l'autorité) appelé à appliquer le droit dans une situation particulière doit commencer par déterminer quelle est la règle juridique applicable en l'espèce. Cela fait, le juge constate les faits et, le cas échéant, applique la conclusion prévue par la règle de droit (cf. le mécanisme du syllogisme judiciaire).

La constatation des faits et la manière d'y procéder font l'objet des règles de procédure.

b. Le "syllogisme judiciaire"

Comme la règle de droit est l'expression générale et abstraite d'une situation de fait à laquelle est attachée un effet juridique, le syllogisme judiciaire est le raisonnement qui permet d'appliquer à une situation de fait donnée la solution prévue par une règle de droit.

Le raisonnement est le suivant :

- La règle et la solution : tous les hommes sont mortels (prémisse majeure) ;
- La situation de fait donnée : je suis un homme (prémisse mineure) ;
- L'application de la règle et de sa solution à la situation de fait donnée : donc, je suis mortel (conclusion).

c. Le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge

La loi accord parfois au juge un pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). Il ne dispose d'un tel pouvoir que si la loi mentionne expressément une délégation de pouvoir en sa faveur. Quelques exemples : « le juge peut ... en vertu de son pouvoir d'appréciation ... » (art. 100 al. 2 CO) ; « le juge fixe librement ... » (art. 422 CO) ; il « apprécie si ... » (art 50 al. 2 CO). Le législateur renonce à définir lui-même tous les détails ; il délègue cette compétence à l'autorité d'application.

Dans ces situations, le juge est habilité à statuer en équité dans le cadre de la loi (« règles du droit et de l'équité » ; cf. art. 4 in initio CC).

Le pouvoir d'appréciation du juge, qui l'oblige à statuer en équité, est à distinguer du travail d'interprétation du texte légal. En effet, l'application de la règle au cas d'espèce oblige souvent le juge à interpréter le texte légal, c'est-à-dire à en dégager le véritable sens, au moyen de certaines méthodes (cf. Cours d'Introduction au droit II).

2.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° La règle de droit doit être rédigée dans un langage compréhensible pour les justiciables qui doivent la respecter et pour les autorités d'application (administration ou tribunaux).

Lorsque le législateur adopte des règles dans un domaine technique, il a recours à des termes techniques qui donneront lieu à une interprétation juridique. Dans des

domaines économiques, tels que le droit de la concurrence, on aura donc une interprétation juridique de concepts économiques.

- 2° Dans un Etat fédéral tel que la Suisse, il s'agira toujours de déterminer quel est le législateur compétent pour édicter une règle de droit (législateur fédéral ou législateur cantonal).

Une question supplémentaire se pose lorsqu'un Etat fédéral tel que l'Allemagne fait partie d'une autre entité, comme l'Union européenne.

b. Exercice

Le juge peut-il renoncer à appliquer une règle qu'il considère désuète (dépassée) et rendre un jugement plus conforme à la réalité actuelle ?

§ 3 LES DOMAINES DU DROIT

Textes législatifs : --

Bibliographie : --

3.1 Le droit international public

Les règles juridiques adoptées au sein d'un Etat forment le droit interne ; il en sera question en détail ci-après. De leur côté, les Etats peuvent, entre eux, adopter des règles juridiques, dans le cadre d'un accord international (traité). Les règles adoptées forment le droit international public. Elles régissent les relations entre les Etats et les relations entre les Etats et les organisations internationales (comme le CICR). Elles déterminent également qui sont les sujets de droit dans ce domaine (cf. § 15, ci-après). Le droit international public comprend de nombreux domaines spécialisés (droit humanitaire, droit de la guerre, droit de la coopération, protection des biens culturels, droit douanier et commercial, ...).

Le droit international public s'oppose au droit international privé (DIP), qui régit les relations entre personnes de nationalité différente. Le DIP détermine quel est le juge compétent et la loi applicable dans les conflits entre personnes privées comprenant un élément d'extranéité (étranger) (cf. 2^e partie). Le DIP peut être du droit interne (la LDIP) ou du droit international (la Convention de Lugano).

3.2 Les principaux domaines du droit interne

Au sein des juristes suisses, les avis et points de vue divergeant passablement sur la meilleure manière de classer et catégoriser le droit, notamment le droit interne, la classification présentée ci-dessous n'est que l'une des présentations possibles.

a. *La distinction droit public / droit privé*

Le droit public règle les relations de l'individu avec l'Etat (relations verticales) alors que le droit privé règle les relations des individus entre eux (relations horizontales).

i. L'intérêt de la distinction

En Suisse, cette distinction n'a pas seulement un but didactique, mais elle présente également un intérêt à trois titres, dans la mesure où elle permet de :

- Déterminer la compétence en matière législative : Selon la Constitution fédérale, l'Etat fédéral est en principe compétent pour légiférer en droit privé, alors que les cantons sont présumés compétents en droit public aussi longtemps que cette compétence n'a pas été accordée à l'Etat fédéral (art. 3 Cst. féd. en lien avec l'art. 122 Cst. féd.).
- Déterminer le droit applicable à certains rapports de droit (p. ex. dans le cadre de la responsabilité médicale d'un chirurgien, on n'appliquera pas le même régime selon que le chirurgien opère dans un hôpital public ou privé ; cf. art. 61 CO).
- Déterminer la voie juridictionnelle ou de recours : le tribunal compétent ou la voie de recours ne seront pas les mêmes, selon que le problème concerne le droit public ou le droit privé.

ii. Les critères de distinction

Les critères de distinction sont :

- les intérêts en cause : la norme vise-t-elle à protéger les intérêts de l'Etat ou des corporations de droit public (droit public), ou vise-t-elle au contraire à protéger ceux des particuliers (droit privé) ?
- les personnes en cause : la norme vise-t-elle le comportement de l'Etat ou des corporations de droit public (droit public), ou vise-t-elle au contraire celui des particuliers (droit privé) ?
- la nature des relations entre les personnes en cause : ces personnes sont-elles dans un rapport de subordination (droit public) ou sur un pied d'égalité (droit privé) ?

iii. Les définitions

Aucun critère n'est à lui seul décisif. La distinction se fonde au contraire sur une combinaison des critères.

En conséquence, le droit public comprend dès lors l'ensemble des normes (fédérales, cantonales ou communales) applicables aux relations dans lesquelles l'Etat ou les corporations ou établissements de droit public interviennent comme détenteurs de la puissance publique et visent l'intérêt général.

Le droit privé peut être défini *a contrario* comme l'ensemble des normes n'étant pas de droit public et applicable entre les sujets de droit agissant sur un pied d'égalité.

b. Le droit public

L'objet du droit public Son objet est double :

- organiser la structure de l'Etat et régler son fonctionnement ;
- régir les rapports entre l'Etat et les individus, dans le but premier de réglementer et de sauvegarder l'intérêt de la collectivité.

Il est subdivisé en deux catégories principales (le droit constitutionnel et le droit administratif), auxquelles on rajoute habituellement le droit pénal et le droit de procédure.

Le droit constitutionnel comprend l'ensemble des règles fondamentales de l'Etat et de son fonctionnement, soit :

- les règles sur la structure de l'Etat (en Suisse, le fédéralisme, la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les cantons) ;
- les règles relatives au territoire et à l'acquisition et la perte de la nationalité ;
- les règles sur le régime politique (fonctionnement de la démocratie) ;
- les règles sur les droits fondamentaux (droits constitutionnels, droits de l'homme) ;
- les règles sur la révision de la Constitution.

Le droit administratif, au sein duquel on distingue :

- le droit administratif général, qui comprend les règles relatives à l'organisation de l'administration, à l'activité administrative, aux biens de l'administration et au domaine public ;
- le droit administratif spécial, qui comprend notamment :
 - le droit fiscal ;
 - le droit économique (au sens des règles relatives à l'intervention de l'Etat dans la vie économique), à savoir notamment le droit bancaire financier, et le droit de la concurrence et du marché ;
 - le droit social (qui s'étend du droit du travail au droit des assurances sociales) ;
 - le droit de l'aménagement du territoire ;
 - le droit de l'environnement ;
 - le droit des étrangers.

Le droit pénal. Il comprend l'ensemble des règles applicables aux individus qui, par leur comportement, auront porté atteinte non seulement à des intérêts juridiquement protégés (vie, intégrité corporelle, patrimoine, liberté, intégrité sexuelle, famille, honneur, etc.), mais encore à l'ordre social. Autrement dit, il s'agit de l'ensemble des règles qui décrivent et sanctionnent les comportements portant atteinte aux biens juridiquement protégés et/ou à l'ordre social.

Le concept de sanction pénale est, à cet égard, essentiel. La sanction présente un caractère étatique, puisque c'est l'Etat qui l'inflige et l'exécute. C'est la réponse à un comportement fautif. La sanction n'a pas pour idée de rétablir une quelconque normalité ; en ce sens, elle ne vise pas à compenser un préjudice subi. Elle sera fixée en fonction de la gravité de la faute et non du dommage.

Le droit de procédure, qui comprend l'ensemble des règles applicables aux règlements des conflits entre les particuliers (procédure civile) et entre les particuliers et l'Etat (procédure pénale ou procédure administrative). En d'autres termes, il s'agit de l'ensemble des règles qui instituent et organisent les moyens que l'Etat met à la disposition des particuliers et/ou des collectivités publiques en cas de litiges entre eux, pour faire reconnaître leur droit.

c. Le droit privé

Le droit privé comprend les normes applicables entre les sujets de droit agissant sur un pied d'égalité et qui visent à protéger leurs intérêts. Les règles sont presque exclusivement fédérales. Son objet est de régir les relations entre les particuliers, dans le but de réglementer et promouvoir l'intérêt de ceux-ci.

Il peut être subdivisé en trois catégories principales :

- Le droit civil est une branche du droit privé qui régit les rapports entre les personnes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales. Il comprend les règles relatives aux domaines suivants :
 - le droit des personnes (art. 11 à 38; 52 à 89 CC) ;
 - le droit de la famille (art. 90 à 359 CC) ;
 - le droit des successions (art. 457 à 640 CC) ;
 - les droits réels (droits sur les biens matériels par opposition aux biens immatériels, qui font l'objet de la propriété intellectuelle) (art. 641 à 977 CC) ;
 - le droit des obligations (formation des obligations, responsabilité civile, enrichissement illégitime) (art. 1 à 183 CO), y compris le droit des contrats (vente, mandat, entreprise, etc. ; art. 184 à 551 CO).
- Le droit commercial, qui comprend les règles relatives à l'entreprise, à ses relations avec ses fournisseurs et avec ses clients, soit les règles relatives :
 - aux diverses sociétés commerciales (art. 552 à 926 CO) ;
 - à la raison sociale et aux sociétés commerciales (art. 944 à 956 CO) ;
 - au registre du commerce (art. 927 à 943 CO) ;
 - à la représentation commerciale (art. 458 à 465 CO) ;
 - à la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO) ;
 - au droit de la concurrence (droits des cartels et droit de la concurrence déloyale), dans la mesure où il régit les relations entre concurrents et personnes privées ; ce dernier domaine relève cependant aussi en grande partie du droit public et sera étudié dans le cadre du droit public.
- Le droit de la propriété intellectuelle (marques, patentes, droits d'auteur, etc.).

d. Le droit économique ?

Le fonctionnement de l'économie fait depuis longtemps l'objet de règles juridiques : il existe, en pratique, un droit constitutionnel économique, un droit administratif économique, un droit pénal économique et un droit commercial.

Au cours des dernières décennies, la réglementation a pris une telle ampleur (droit international économique, droit de la concurrence, droit des marchés financiers, droit des nouvelles technologies, droit des marchés réglementés) que l'on s'est demandé si le droit économique ne constituait pas un domaine autonome du droit. Il n'existe toutefois pas de procédure ou de tribunaux particuliers pour trancher les conflits relatifs à des problèmes économiques, comme on les rencontre en droit civil, pénal ou administratif.

Depuis quelques années, économistes et juristes sont plus sensibles à l'interaction des domaines économiques et juridiques. Ainsi :

- Les économistes s'intéressent aux effets économiques des règles juridiques (cf. p. ex. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston 1977).
- Les juristes acceptent d'analyser la réalité sous l'angle économique. C'est depuis longtemps le cas en droit fiscal. Cette manière de voir est évidemment utile et nécessaire en droit de la concurrence. Mais elle s'étend parfois aussi en droit privé (cf. H. M. Riemer, « *Wirtschaftliche Betrachtungsweise* » ? in *Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Zurich 1994, p. 129-139).

Par ailleurs, l'ordre juridique suisse est de plus en plus influencé par des règles de droit public économique international ou étranger (OMC, UE ; voir à ce sujet, et sur les effets de la globalisation, les rapports présentés lors du Congrès 2000 de la Société suisse des juristes, Fasc. 3/2000, p. 277 à 410).

3.3 Excursus : Le droit de l'Union européenne

Du point de vue suisse, le droit de l'Union européenne (avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009: droit communautaire et droit de l'Union) est théoriquement du droit étranger. Mais en réalité, il est aussi devenu partiellement du droit interne (équivalence des droits et reprise du droit UE), d'un point de vue formel, depuis l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux I et II entre la Suisse et la Communauté européenne (désormais l'Union européenne). En outre, la Suisse a repris presque sans changement ou « transformé » en droit suisse (lois fédérales) une importante quantité de textes de droit édictés par l'Union européenne (règlements et directives). On parle alors de réception matérielle (ou encore de transposition ou reprise « autonome ») du droit de l'UE dans l'ordre juridique suisse.

Du point de vue d'un pays membre de l'Union européenne, le droit européen est devenu, dans les domaines de sa compétence, du droit supranational (droit supérieur, jouissant de la primauté) directement intégré dans son ordre juridique national, à l'instar de ce qui vaut en dans les cantons Suisses à l'égard du droit fédéral.

NB : Au sens large, le droit européen comprend encore, en sus du droit de l'Union européenne, le droit édicté par le Conseil de l'Europe. Ce dernier droit (notamment la CEDH) est aussi en grande partie directement intégré à l'ordre juridique suisse.

3.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

Exercices

Un conducteur automobile en état d'ivresse est responsable d'une collision au cours de laquelle un tiers est blessé. Quels sont les domaines du droit concernés ?

II. LES ACTEURS DE LA VIE ECONOMIQUE

INTRODUCTION – LES SUJETS DE DROIT

Dans le langage juridique, le terme « personne » désigne un sujet de droit, autrement dit une entité qui est titulaire de droits et obligations.

C'est le droit (positif) qui détermine qui peut être qualifié de sujet de droit.

Le droit privé qualifie de « sujet de droit » :

- Les êtres humains (personnes physiques ; cf. art. 11 al. 2 CC). Pour cerner la notion de « personne physique », il est nécessaire de définir le début ainsi que la fin de la vie.
- Les personnes morales de droit privé. Ce sont des entités auxquelles le droit privé reconnaît la qualité de sujet de droit (cf. art. 52 CC).

Ces acteurs de la vie économique sont ainsi régis par le droit privé ; ils font l'objet de la présente partie.

Le droit public attribue en outre la qualité de « personne » aux entités suivantes :

- Les collectivités publiques (Etats, cantons, communes) ;
- Les organisations supranationales (UE) ou organisations internationales (ONU, banque mondiale, OCDE) ;
- Les personnes morales du droit public.
Elles sont nombreuses, formées par les cantons ou la Confédération, et bénéficient de lois spéciales. Il peut s'agir :
 - de corporations de droit public (c'est-à-dire des "groupements de personnes"). On peut citer comme exemples les Eglises nationales (c'est le cas dans le canton de Berne) ou les sociétés anonymes de droit public (La Poste Suisse, les CFF, la BNS) ;
 - d'établissements de droit public (c'est-à-dire des "masses de biens") autonomes (établissements fédéraux : EPF, SUVA, FINMA, Swissmedic, Institut suisse de la propriété intellectuelle ; établissements cantonaux : Office de la circulation et de la navigation du canton de Fribourg, cf. art. 1 LOCN, RSF 122.23.7).

Il convient de mentionner également les autorités indépendantes rattachées à l'administration centrale. Ces autorités sont créées pour accomplir certaines tâches publiques et ont une certaine autonomie de décision, même si elles sont maintenues matériellement à l'administration centrale. Néanmoins, elles sont dépourvues de la personnalité juridique. Nous pouvons citer comme exemples la ComCom, le Ministère public de la Confédération, la Commission de la concurrence et l'ancienne CFB.

Les acteurs qui sont régis par le droit public seront examinés de manière plus détaillée dans la partie III, chapitres 2 et 3 du présent manuel.

L'acquisition de la qualité de « personne », c'est-à-dire de la personnalité, entraîne deux effets :

- L'acquisition d'une « certaine » capacité civile. Toutes les personnes (au sens juridique) ont une certaine aptitude conférée par la loi en relation avec tous les domaines régis par le droit privé.
- L'acquisition des droits de la personnalité.

§ 4 LES PERSONNES PHYSIQUES

Textes législatifs : Art. 11-19 CC ; 28 ss CC.

Bibliographie : H. DESCHENAUX / P.-H. STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Berne 2001 ; J.-P. MÜLLER, Introduction aux droits fondamentaux, n° 58 ss, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, T. I, Berne, 1987 ; P. TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich, 1984, p. 75-77.

4.1 La capacité civile des personnes physiques

a. *La capacité civile*

i. La notion

La capacité civile permet de déterminer le rôle que les sujets de droit peuvent jouer sur la scène juridique. Il convient ainsi de déterminer qui a quelle capacité. Plusieurs distinctions sont à opérer.

ii. La capacité civile passive ou jouissance des droits civils (art. 11 CC)

La jouissance des droits civils est la faculté de se voir attribuer des droits et des obligations, indépendamment de tout comportement.

Toute personne physique a la jouissance des droits civils (art. 11 al. 1 CC).

iii. La capacité civile active

La capacité civile active est l'aptitude de faire produire à un comportement déterminé des effets juridiques (voulus ou non). En l'absence de capacité civile active, l'acte n'a pas d'effets juridiques.

Le contenu est le suivant (cf. art. 12 CC) :

- la capacité de faire des actes juridiques ;
- la capacité « délictuelle », c'est-à-dire la capacité d'assumer les conséquences d'un acte contraire au droit ;
- en matière de procédure : la capacité d'ester en justice.

La capacité civile active n'est pas attribuée à tous les êtres humains de la même manière. Elle varie en fonction de la capacité de discernement, de la majorité de la personne ainsi que de la présence et de l'intensité d'une mesure de protection de l'adulte.

La capacité civile active reconnue aux personnes capables de discernement, majeures et qui ne sont pas sous curatelle de portée générale (la mesure de protection de l'adulte la plus sévère ; cf. art. 398 ss CC) est appelée « exercice des droits civils » (art. 12 en relation avec l'art. 17 CC). Ces personnes sont ainsi titulaires de l'exercice des droits civils.

b. La capacité civile des mineurs et des majeurs sous curatelle de portée générale

Les personnes mineures et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils (art. 17 al. 1 CC). Elles ne peuvent donc, en principe, pas faire produire un effet juridique à leur comportement.

Néanmoins, la loi prévoit qu'elles ont une capacité civile active pour certains de leurs actes. Le régime est le suivant :

- 1° Capacité inconditionnelle : dans certains cas, les actes des mineurs et des interdits peuvent produire des effets sans condition :
 - pour les acquisitions à titre gratuit (donations) (art. 19 al. 2 CC) ;
 - pour les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne (art. 19 al. 2 CC) ;
 - pour l'exercice des droits strictement personnels (art. 19c al. 1 CC) ;
 - pour la capacité délictuelle (art. 19 al. 3 CC).
- 2° Capacité conditionnelle : dans les autres cas, l'acte juridique du mineur ou de l'interdit ne prend effet que si le consentement du représentant légal est donné (art. 19 al. 1 et art. 19a et 19b CC).
- 3° Capacité spéciale : les mineurs peuvent disposer d'une capacité spéciale pour la gestion d'un patrimoine clairement séparé, comme le produit de son travail ou les biens laissés à sa disposition.

Ainsi, l'art. 323 al. 1 CC prévoit que "*l'enfant a l'administration et la jouissance du produit de son travail et de ceux de ses biens que les père et mère lui remettent pour exercer une profession ou une industrie*". Cette disposition a été interprétée comme donnant la pleine capacité civile et procédurale au mineur à concurrence du revenu de son travail et des biens constituant le fonds professionnel (ATF 106 III 8 et 112 II 102).

c. Les incapables de discernement

Comme les mineurs et les interdits, les incapables de discernement n'ont pas l'exercice des droits civils (art. 17). Ils n'ont en principe aucune capacité civile active (art. 18 et 19c al. 2 CC).

Des exceptions à ce principe peuvent être réservées par la loi (cf. art. 18 2^{ème} ph. CC). Par exemple, en vertu de l'art. 54 al. 1 CO (responsabilité civile), « *si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé* ».

4.2 Les droits de la personnalité

a. La définition

Les droits de la personnalité sont les droits qui ont pour objet les biens qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence (intégrité corporelle, honneur, sphère privée, ...) (art. 28 CC).

b. La nature des droits de la personnalité

Comme ils sont intimement liés à la personne humaine comme telle, les droits de la personnalité sont des droits :

- absolus : ils sont opposables à tout le monde (art. 28 al. 1 CC) ;
- extra-patrimoniaux : ils n'ont, comme tels, aucune valeur pécuniaire ;
- inaliénables, c'est-à-dire :
 - incessibles : on ne peut en céder que l'usage, pas le droit lui-même,
 - intransmissibles : ils s'éteignent avec le décès de leur titulaire,
 - imprescriptibles, tout comme les actions défensives qui s'y rapportent,
 - inamissibles : leur titulaire ne peut normalement y renoncer ;
- strictement personnels : ils appartiennent à la personne capable de discernement mineure ou interdite, de par sa qualité d'être humain.

c. La dignité de la personne

Les droits de la personnalité ont pour but de protéger la personne en sa qualité d'être humain (dignité humaine). Cette dignité humaine se compose de multiples facettes protégées dans le cadre de divers domaines du droit, à savoir, par exemple :

- le droit constitutionnel : liberté personnelle ou droit au minimum vital, interdiction des traitements inhumains ou dégradants ; ...
- le droit pénal : honneur (art. 173, 174, 177 CP) ; sphère privée (art. 179 ss CP) ;
- la procédure pénale : droit pour l'accusé d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée de la nature de l'accusation portée contre lui et, le cas échéant, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète ;
- le droit civil : art. 28 ss CC.

4.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

A partir de quand et jusqu'à quel moment une personne est-elle protégée par le droit ?

b. Exercices

Théo, un adolescent de 17 ans, fête avec ses amis sa majorité un jour à l'avance. A cette occasion, ils fument quelques joints et boivent plusieurs bouteilles. A 23h30, Théo déclare qu'il est fatigué et décide de rentrer. Ses amis le laissent partir en scooter sans se faire de

souci, car ils savent qu'il est habitué à consommer de l'alcool et des drogues. En plus, il paraît en pleine possession de ses facultés. Pourtant, à 23h45, il renverse Jean-Pierre, qui restera aveugle des suites de l'accident. Quid ?

§ 5 LES PERSONNES MORALES

Textes législatifs : art. 52 ss CC.

Bibliographie : H. HAUSHEER / H. P. WALTER, BKomm, ad art. 52-89bis ZGB, Berne, 2012; R. RUEDIN, Droit des sociétés, Stämpfli, Berne, 2006.

5.1 La notion

a. La définition

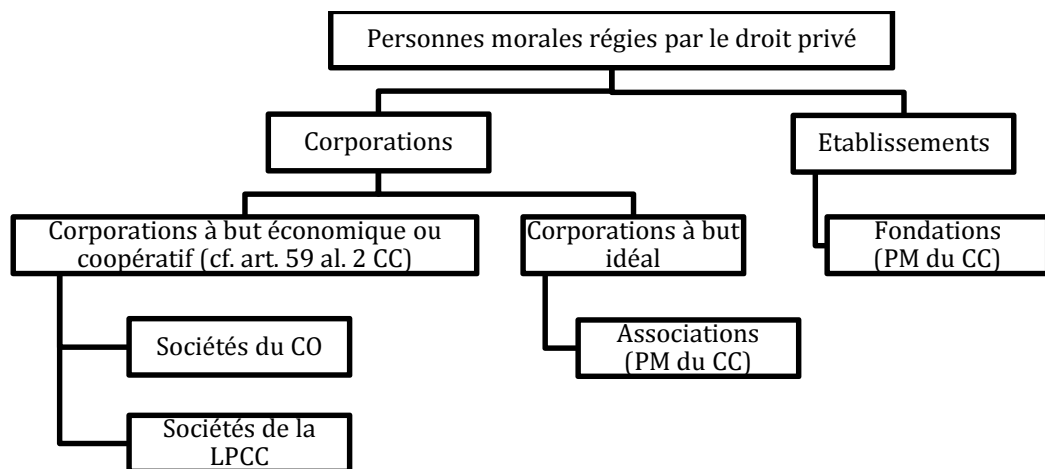
La personne morale est une entité juridique qui présente une unité suffisante, pourvue de la jouissance et de l'exercice des droits civils et qui individualise un groupement de personnes ou une masse de biens, assujettis à un certain but. En soi, c'est une fiction juridique, autrement dit, un concept juridique.

b. Les espèces de personnes morales de droit privé

Les personnes morales de droit privé relèvent en principe du droit fédéral, les personnes morales de droit privé cantonal étant l'exception (cf. art. 59 al. 3 CC).

Parmi les personnes morales de droit privé fédéral, on distingue :

- les corporations. Il s'agit de groupements de personnes qui se proposent d'atteindre un but déterminé et qui se donnent à cet effet une organisation appropriée (certaines sociétés du CO – cf. § 7 ci-après – et les associations) ;
- les établissements. Ce sont des masses de biens qui sont mises au service d'un certain but fixé par le fondateur.



5.2 La capacité civile des personnes morales

a. L'acquisition de la personnalité morale

Les personnes morales existent dès qu'elles acquièrent la personnalité. A partir de ce moment, elles ont la jouissance des droits civils, dont l'étendue est définie à l'art. 53 CC.

Les conditions de l'acquisition de la personnalité morale ressortent de l'art. 52 CC :

- une existence autonome. Pour les corporations, cela signifie avoir une organisation corporative (par exemple : assemblée générale, conseil d'administration, etc.) ; pour les établissements, avoir une existence propre (c'est-à-dire une masse de bien individualisée) et un but spécial ;
- un but licite et non contraire aux mœurs ;
- une inscription au registre du commerce (exception : art. 52 al. 2 CC).

La conséquence de l'acquisition de la personnalité morale est la capacité civile passive (cf. art. 53 CC). La personne morale jouit ainsi des droits civils de la même manière qu'une personne physique (cf. art. 11 CC), c'est-à-dire la capacité d'être sujet de droits et d'obligations, sauf quant aux conditions naturelles liées à la personne physique telles que le sexe, l'âge ou la parenté.

A noter que l'art. 53 CC indique que « les personnes morales peuvent acquérir tous les droits ... ». Comme il est question, dans cet article, de la capacité civile passive, il n'est pas question d'« acquérir », mais d'avoir « tous les droits ... ».

b. L'exercice des droits civils

La personne morale a l'exercice des droits civils (cf. art. 12 CC), c'est-à-dire la capacité d'acquérir et de s'obliger, dès qu'elle possède les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet (art. 54 CC ; cpr avec les art. 13, 14, 16, 17 CC).

Sont considéré(s) comme organe(s) d'une personne morale :

- au sens formel, la personne (ou le groupe de personnes) chargée par la loi ou les statuts de diriger, gérer ou contrôler la personne morale ;
- au sens matériel, la personne (ou le groupe de personnes) liée à la personne morale, qui exerce dans une position dirigeante une activité essentielle au fonctionnement de celle-ci.

La personne morale va alors agir par l'intermédiaire de ses organes, autrement dit de personnes physiques compétentes de par la loi et les statuts. Ainsi, la volonté des personnes morales s'exprime par le biais de leurs organes. De plus, les actes des organes sont attribués à la personne morale (cf. art. 55 CC) ; ils engagent directement la personne morale.

Les composantes de l'exercice des droits civils d'une personne morale sont les suivantes :

- Les personnes morales peuvent faire des actions juridiques par l'intermédiaire de leurs organes ;
- Elles sont civilement responsables des actes illicites commis par les organes dans l'exercice de leurs attributions (capacité délictuelle) ;

- Elles ont la capacité d’ester en justice.

Le domicile des personnes morales est en principe au siège de son administration (sauf si les statuts prévoient autre chose ; art. 56 CC).

5.3 Les droits de la personnalité de la personne morale

Toute personne physique jouit des droits de la personnalité pendant toute son existence juridique (art. 28 al. 1 CC). C’est un des aspects de la capacité civile passive.

En revanche, les personnes morales sont aussi titulaires des droits de la personnalité, mais seulement dans la mesure où ceux-ci ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l’homme (art. 53 CC).

Ainsi, seuls les biens de la personnalité sociale sont protégés, comme par exemple l’honneur, la sphère privée, le nom.

5.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Exercices

Une société X SA a fait l’objet d’une vaste campagne de dénigrement orchestrée, on l’a appris par la suite, par ses principaux concurrents. La campagne a été si violente que le PDG de X SA a fini par se suicider. X SA peut-elle agir en justice pour faire valoir la réparation du dommage causé à son image ? Peut-elle demander une indemnité en tort moral pour la perte de son PDG ?

§ 6 *LES FONDATIONS*

Textes législatifs : art. 80 ss CC ; Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs, LPCC ; RS 951.31).

Le droit des fondations (art. 80 ss CC) a été révisé récemment. Le nouveau texte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006. La LPCC est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Bibliographie : H. HAUSHEER / H. P. WALTER, BKomm, ad art. 52-89bis ZGB, Berne, 2012 ; S. DU PASQUIER, Fonds de placement : un état des lieux, SJ 1997, p. 197 ss

6.1. La notion

Définition : La fondation est une masse de biens individualisée, affectée à un but spécial et dotée de la personnalité juridique (art. 80 CC).

a. Une masse de biens

Il s'agit d'abord essentiellement d'immeubles, de biens meubles ou de titres (droits réels).

Mais il peut s'agir aussi de droits personnels, comme une créance contre le fondateur ou un tiers. Il doit en principe s'agir de valeurs actuelles, et non futures. Toutefois, un droit de percevoir des revenus futurs hautement probables est admissible, dans la mesure où ce patrimoine est déterminé ou au moins déterminable.

Le montant affecté à la fondation doit être proportionné au but de la fondation, au moins à terme.

b. Individualisée

La masse de biens n'appartient à personne. Elle est indépendante et possède une existence juridique propre. Pour la rendre indépendante, la loi « personnifie » cette masse de biens en lui attribuant la qualité de sujet de droit.

L'individualisation peut se faire soit par une inscription au registre foncier, soit par l'ouverture d'un compte en banque, soit par le dépôt des titres auprès d'un tiers.

c. Affectée à un but spécial

La masse de biens doit nécessairement être affectée à un but particulier.

Le choix de ce but est en principe libre pour le fondateur (sauf pour les fondations de famille ; ATF 127 III 337 = JdT 2002 I 359). Il doit cependant être durable, ne pas contrevenir à l'art. 20 CO et être suffisamment déterminé pour pouvoir délimiter clairement le cercle des bénéficiaires.

Lorsque le but ne peut plus être atteint, ou encore lorsqu'il est devenu illicite ou contraire aux mœurs, la fondation doit être dissoute (art. 88 CC).

d. Dotée de la personnalité morale

La fondation est une personne morale. Comme telle, elle a :

- la jouissance et l'exercice des droits civils,
- un nom,
- un domicile
- et un rattachement national.

6.2. Les types de fondations

a. Les fondations publiques

Ce sont les fondations qui sont soumises au droit public. Elles sont souvent administrées par une collectivité publique.

b. Les fondations privées ordinaires

Il s'agit des fondations de droit privé, qui ne sont pas considérées comme spéciales par la loi (cf. ch. c.), et restent donc soumises aux règles ordinaires du Code civil.

c. Les fondations privées spéciales

Ces fondations privées sont en partie soumises à des règles spéciales par la loi.

Il s'agit des fondations de famille, des fondations ecclésiastiques (art. 87 CC) et des fondations de prévoyance.

La prévoyance professionnelle est en principe gérée par des caisses de pension (institutions de prévoyance). Leur mode d'organisation et leurs structures varient fortement. Ce sont en principe des entités relevant du droit privé. Environ 98% sont des fondations (ex : CP de la FSA ; l'organe suprême est le Conseil de fondation). Dans de rares cas, il s'agit encore de coopératives. Les institutions de prévoyance d'employeurs publics (autorités, administrations, entreprises publiques, etc.) constituent l'exception. En général, elles ont un statut de droit public (ex : Publica).

Contrairement aux fondations ordinaires, les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas soumises à la surveillance de l'autorité (cf. ci-dessous, ch. 6.5). Elles n'ont pas non plus l'obligation de désigner un organe de révision (art. 87 CC ; cpr art. 83a et 83b CC).

6.3. La constitution de la fondation

Pour constituer une fondation (art. 81 CC), il faut :

- un acte de fondation (acte authentique ou disposition pour cause de mort du fondateur) ; l'acte de fondation précise notamment les organes et le mode d'administration de la fondation ;
- une inscription au registre du commerce, sauf pour les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille.

Si elle ne remplit pas ces conditions, une fondation est nulle de plein droit (« ab ovo »).

6.4. L'organisation de la fondation

a. Les organes

Une fondation doit absolument avoir un organe suprême (art. 83a CC), appelé direction ou administration (cf. art. 81 al. 2 2^{ième} ph. CC). C'est le premier organe indispensable. Pour le surplus, l'acte de fondation indique les autres organes de la fondation (art. 83 CC).

L'organe suprême de la fondation doit également instituer un organe de révision (art. 83a et 83 b CC), sauf en cas de dispense de l'autorité surveillance (83b al. 2 CC) aux conditions définies par le Conseil fédéral.

b. La gestion de la fondation

C'est l'organe suprême (administration ou direction) qui gère les biens de la fondation et la représente auprès des tiers.

Il a pour tâche principale d'appliquer les ressources de la fondation au but désigné par le fondateur, conformément aux règles prévues par l'acte de fondation ou le règlement. Il tient les livres de comptabilité (art. 83a al. 1 CC).

Il est notamment prévu que l'organe suprême de la fondation prenne toutes les mesures adéquates en cas surendettement et d'insolvabilité de la fondation (art. 84a CC; cpr art. 725 CO).

En principe, il ne doit utiliser que les revenus du capital. Il ne peut entamer le capital que dans certains cas.

c. Les bénéficiaires ou destinataires

Il s'agit des personnes à qui la fondation doit profiter en raison de son but.

Les bénéficiaires sont désignés :

- soit expressément par l'acte de fondation,
- soit parce qu'ils remplissent certaines conditions prévues,
- soit indirectement et de manière générale, au vu du but visé par la fondation.

6.5. La surveillance de la fondation

Toutes les fondations sont soumises à une surveillance de la collectivité publique. En effet, la fondation n'a pas de membre qui puisse contrôler la gestion. Il existe dès lors des risques d'abus de la part de l'administration. Un contrôle officiel est donc nécessaire. La surveillance est prévue à l'art. 84 CC.

L'autorité de surveillance ordonne à l'organe suprême de prendre toutes les mesures nécessaires en cas de surendettement ou d'insolvabilité. A défaut, elle le fait elle-même

(art. 84a CC). Elle est aussi compétente en cas de carence dans l'organisation de la fondation (art. 83d CC).

La collectivité publique compétente est celle dont les fondations relèvent de par leur but. Les critères pour le déterminer sont l'activité déployée par la fondation et son champ d'application territorial. Il peut s'agir de la Confédération, d'un canton ou d'une commune.

L'autorité de surveillance doit veiller à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination (but de la fondation). Elle doit notamment veiller à la conservation du patrimoine de la fondation.

6.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

- - - -

§ 7 *LES PERSONNES MORALES ET AUTRES SOCIÉTÉS DU CO*

Textes législatifs : art. 530 à 926 CO.

Bibliographie : F. CHAUDET / A. CHERPILLOD / J. C. LANDROVE, Droit suisse des affaires, Bâle, 2010; P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne, 2012; R. RUEDIN, Droit des sociétés, Stämpfli, Berne, 2006; S. VENTURI / M. BAUEN, Le conseil d'administration, Zurich, 2007.

7.1 Introduction

a. La distinction entre personnes morales et autres entités du CO

Le Code des obligations prévoit un certain nombre de personnes morales. Il s'agit de corporations à but économique ou corporatif. Ont la personnalité morale (ou juridique) les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et les sociétés en commandite par action.

Le Code des obligations régit également d'autres entités qui, sur la scène juridique, jouent un rôle important, mais qui, en revanche, ne sont pas des personnes morales. Ces entités sont la société simple, la société en commandite et la société en nom collectif. Il s'agit de simples communautés, qui n'ont pas de personnalité juridique. Il n'en demeure pas moins que la société en commandite et la société en nom collectif jouissent, aux termes de la loi, d'une quasi-personnalité juridique.

La question de la personnalité juridique est traitée :

- de manière générale par les articles 52 ss CC et
- de manière spécifique, dans le CO, pour chacune des sociétés.

Les personnes morales du Code des obligations et les autres entités dont il a été question ci-devant (simples communautés) sont des sociétés. Toutes les sociétés du Code des obligations ne sont donc pas ipso facto des personnes morales ; certaines sociétés ont la personnalité juridique, alors que d'autres ne l'ont pas.

b. La notion de société

Le terme de « société » se définit comme suit : un « *contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun* » (art. 530 al. 1 CO).

La société est donc :

- un groupement de personnes
- avec un fondement contractuel
- poursuivant un but commun.

Premièrement, une société est donc un groupement de personnes. En cela, elle se distingue d'une fondation (qui est constituée d'une masse de biens ; art. 80 ss CC). En théorie, une société ne devrait donc pas pouvoir exister si elle a moins de deux membres (société unipersonnelle, *Einmannengesellschaft*). Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés, le 1^{er} janvier 2008, le droit suisse (comme le droit allemand ou les droits anglo-saxons) admet toutefois l'existence de sociétés dans lesquelles toutes les actions ou parts se trouvent réunies entre les mains d'une seule personne (actionnaire unique ; cf. p. ex. art. 625 CO).

Ce groupement de personnes devient, par la conclusion du contrat de société (cf. ci-après), une véritable « communauté » sociale entre les associés. La société est donc un groupement de personnes, dont les participants acquièrent la qualité de membres, appelée « sociétariat ».

Deuxièmement, le contrat que concluent les personnes désireuses d'unir leurs efforts est un contrat au sens du Code des obligations. Il s'agit toutefois d'un contrat particulier, qui ne se rapproche des règles ordinaires du droit des obligations que sur les questions relatives à l'acte créateur de la société, mais pas sur les questions portant sur les effets juridiques de son existence.

Par la conclusion de ce contrat, les sociétaires décident de mettre en commun des efforts ou des ressources, à savoir des « apports ». Il peut s'agir d'une contribution personnelle (travail, « industrie ») ou d'un bien (matériel ou immatériel, mobilier ou immobilier, créances, ...).

L'apport se fait le plus fréquemment en propriété (mise à la libre disposition de la société), mais il peut aussi se faire « en usage » ou « en jouissance ».

Troisièmement, au sein d'une « société », les personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources « en vue d'atteindre un but commun », aussi appelé « but social ».

Les caractéristiques essentielles de ce but commun sont les suivantes :

- Tous les participants veulent poursuivre le même but, en vue d'un résultat.
- Le choix du but est en principe libre (autonomie corporative), sous réserve des règles générales du CO et du droit des contrats (cf. art. 19-20 CO : interdiction de l'illicéité de la contrariété aux mœurs ou de l'objet impossible ; art. 52 al. 3 CC).
- Le but doit comporter un élément de continuité ou de durée. En principe, lorsque le but est atteint, la société devra prendre fin. A l'inverse, la société peut vivre dans la durée, même si ses membres changent ou si certains d'entre eux en sortent.
- Le but social doit avoir une certaine unicité.
- Le but des sociétés est en principe économique (ou lucratif ; art. 59 al. 2 CC), ce qui distingue les sociétés du CO des associations (art. 60 ss CC), qui ont en principe un but idéal
(NB : il existe aussi des associations à but économique, qui se caractérisent par le fait que, sans participer directement à la vie économique, elles ont pour objet de servir indirectement les intérêts économiques de leurs membres).

c. Le catalogue légal des sociétés

Le droit suisse définit et réglemente un nombre déterminé de types de sociétés, établissant ainsi un numerus clausus des types de sociétés reconnues. Il est donc impossible, en droit suisse, de créer et d'inscrire au registre du commerce des entreprises dont le type d'organisation juridique n'est pas reconnu par le législateur, c'est-à-dire des sociétés ne figurant pas dans le catalogue légal.

Le Code des obligations prévoit les types de sociétés suivants :

- les sociétés en nom collectif (art. 552 ss CO) ;
- les sociétés en commandite (art. 594 ss CO) ;
- les sociétés anonymes (art. 620 ss CO) ;
- les sociétés en commandite par actions (art. 764 ss CO) ;
- les sociétés à responsabilité limitée (art. 772 ss CO) ;
- les sociétés coopératives (art. 828 ss CO).

Le droit suisse connaît trois autres types de sociétés, réglementées, non pas dans le CO, mais dans la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC) (cf. ég. ch. 7.8 ci-après). Il s'agit :

- des sociétés en commandite de placements collectifs (art. 98 ss de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs ; LPCC) ;
- des sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF ; art. 110 ss LPCC) ;
- des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV ; art. 36 ss LPCC).

Ne sont pas des sociétés du droit privé les entreprises individuelles (art. 934, al. 1 et 2, CO) et les succursales (art. 935 CO).

Il convient de réserver une place particulière à la société simple, déjà du simple fait qu'elle n'est pas incluse dans la troisième partie du Code des obligations dans laquelle figurent les « sociétés commerciales » et « la société coopérative ». D'une part, elle n'a pas la personnalité juridique, ni même une quasi-personnalité juridique. D'autre part, elle ne peut pas être inscrite au registre du commerce ; partant, elle n'a pas de raison sociale. C'est pourquoi, la société simple n'est donc qu'un contrat passé entre deux ou plusieurs associés, au même titre qu'un autre contrat tel que la vente, le bail ou le mandat.

A noter enfin que, si une société au sens des art. 552 ss CO n'est pas conforme aux règles fixées dans le Code des obligations, elle ne pourra exister que sous la forme de société simple, selon la règle de la subsidiarité ancrée à l'art. 530 al. 2 CO.

L'Ordonnance du registre du commerce (ORC; RS 221.411), dans sa nouvelle teneur du 17 octobre 2007, donne des informations précieuses sur l'organisation des sociétés. Depuis cette modification, toute entité juridique inscrite au registre du commerce reçoit un numéro d'identification inaltérable (art. 116 ORC).

d. La distinction en fonction du lien unissant la société à ses membres

Outre la distinction fondée sur l'existence ou non d'une personne morale, il est possible de distinguer entre les différentes sociétés du Code des obligations en fonction de la nature du lien (ou élément caractéristique) unissant les membres de la société à la société.

Le lien peut être un lien personnel (sociétés de personnes), un lien capitaliste ou financier (sociétés de capitaux) ou un lien mixte (sociétés dites mixtes) :

- Les sociétés de personnes (ou sociétés par intérêts) sont celles dans lesquelles la personnalité des membres joue un rôle essentiel (sociétés *intuitu personae*) : il s'agit notamment de la société en nom collectif (SNC).
- Les sociétés de capitaux sont celles dans lesquelles c'est la participation financière des membres, et non leur personnalité, qui joue le rôle fondamental (*intuitu pecuniae*) : il s'agit principalement de la société anonyme (SA).
- Les sociétés mixtes sont toutes celles qui offrent une solution intermédiaires entre ces deux extrêmes, c'est-à-dire de sociétés contenant aussi bien des éléments personnels que des éléments capitalistes, se rapprochant plus ou moins d'un extrême ou de l'autre (sociétés en commandite, sociétés à responsabilité limitée, sociétés coopératives).

e. La structure générale des règles du CO sur les sociétés

Pour chaque type de société du Code des obligations, la loi donne une définition de la société (art. 530, 552, 594, 620, 764, 772, 828 CO), à laquelle il convient de se référer pour qualifier la société en cause.

De plus, la loi règle :

- la constitution et la fin de la société ;
- l'organisation de la société, ce qui implique la définition de ses organes, la fixation des rapports des associés entre eux et la gestion interne de la société (on peut également parler d'administration ou de conduite de la société) ;
- les rapports de la société et des associés avec les tiers ; il s'agit là des activités de représentation de la société (c'est-à-dire les relations avec les tiers pour engager la société) ;
- la responsabilité de la société et des associés vis-à-vis des tiers.

Le Code édicte en outre des règles spécifiques, propres à chaque type de société.

NB : Pour les sociétés qui sont des personnes morales, les règles générales relatives aux personnes morales figurant aux art. 52 à 89bis CC s'appliquent également. Il ne faut donc pas oublier de s'y reporter le cas échéant.

Ci-après seront examinés quatre types de société :

- la société anonyme et la société à responsabilité limitée, qui sont toutes les deux de véritables personnes morales ;
- la société simple et la société en nom collectif, qui n'ont pas la personnalité morale.

7.2 La société simple

a. *La notion*

La société simple n'est pas expressément définie par le législateur, qui se contente de la caractériser de manière négative : « *la société est une société simple (...) lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi* » (art. 530 al. 2 CO ; caractère subsidaire de la société simple ; cf. *numerus clausus* des sociétés de droit suisse).

C'est la forme la plus simple de la société de personnes.

b. *La constitution*

La société simple naît suite à la conclusion d'un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

Le but de la société simple étant d'unir les efforts ou les ressources, chaque associé doit donc apporter quelque chose à la société (moyens), c'est-à-dire faire un apport (531) ; il ne peut pas seulement profiter du but commun atteint par les autres.

Elle n'a pas la personnalité morale, ce qui signifie qu'elle n'a ni la jouissance ni l'exercice des droits civils. Elle ne peut être inscrite au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC), mais ses associés peuvent l'être à titre personnel. La société simple ne peut pas non plus faire l'objet de poursuites.

c. *L'organisation*

La société simple, qui n'est pas une personne morale, n'a pas d'organe.

C'est pourquoi, le pouvoir suprême est constitué simplement de l'ensemble des associés. Les décisions sont prises à l'unanimité des membres, sauf disposition contraire du contrat (art. 534 CO). La participation de chacun des membres aux bénéfices et aux pertes se fait à parts égales, sauf convention contraire (art. 532 CO).

La gestion de la société (on peut parler de l'administration ou de la conduite de la société) est exercée par chacun des associés (art. 535 al. 1 et 2 CO). En effet, chacun des associés a le droit d'administrer. Les associés peuvent néanmoins décider d'attribuer le droit de gestion à un ou plusieurs d'entre eux uniquement (associés gérants nommés) ou à un ou plusieurs tiers (tiers gérants) (art. 535 al. 1 in fine et al. 3, 539, 540 CO).

Lorsque l'administration est confiée à un ou plusieurs gérants (et non exercée personnellement et directement par chacun des associés), la loi prévoit de manière impérative un droit de chacun des associés de se renseigner, personnellement et en tout temps, sur les affaires sociales (art. 541 CO).

d. Les rapports avec les tiers

En ce qui concerne la représentation de la société simple, le gérant doit traiter avec les tiers pour le compte de la société et au nom de celle-ci. Si tel est le cas, les autres associés ne deviennent cependant créanciers ou débiteurs de ce tiers que si le gérant a agi conformément aux règles sur la représentation (art. 543 al. 2 CO).

Ainsi, le gérant doit agir au nom de la société (ou, plus précisément, au nom des autres associés) ; tel est le cas s'il le mentionne par une déclaration ou si les circonstances permettent de le déduire. De plus, il doit disposer des pouvoirs de représentation conférés par un acte qui en fixe l'étendue (art. 32 CO).

e. La responsabilité à l'égard des tiers

Tous les associés sont responsables, de manière personnelle, directe et illimitée, des engagements pris (art. 544 CO), dans la mesure où ces engagements ont été pris selon les règles de l'art. 543 CO (représentation de la société).

7.3 La société anonyme (SA)

a. La définition

La société anonyme (SA) est la société de capitaux par excellence. Elle est en effet la société « *qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social* » (art. 620 al. 1 CO).

L'une de ses caractéristiques principales est que les actionnaires ne répondent donc pas personnellement des dettes sociales et ne sont tenus que jusqu'à concurrence des prestations statutaires (art. 620 al. 2 CO).

Par capital-actions, on entend les apports en nature ou en espèce effectués ou promis par les sociétaires. C'est un montant défini dans les statuts (minimum : 100'000.- CHF).

b. La constitution

Conformément à l'art. 629 CO, la société est constituée par acte authentique (acte notarié ; c'est l'acte constitutif), dans lequel le ou les fondateur(s) déclarent constituer la SA, arrêtent le texte de ses statuts (dont le contenu doit être conforme aux art. 626 à 628 CO) et désignent ses organes. Dans cet acte, les fondateurs souscrivent les actions (art. 629 al. 2 CO) ; il s'agit de l'engagement pris par les fondateurs d'effectuer des apports (en nature ou en espèces) (art. 630 CO). Puis, les fondateurs constatent que les actions ont été valablement souscrites, que les apports promis et les apports effectués correspondent aux exigences légales et statutaires (art. 629 al. 2 CO).

Le capital-actions ne peut être inférieur à CHF 100'000.– (art. 621 CO). Lors de la constitution, les souscripteurs doivent libérer au moins 20 % de la valeur nominale de chaque action ; dans tous les cas, un montant de CHF 50'000.– au moins doit être couvert par les apports effectués (art. 632 CO). Ces apports constituent les moyens nécessaires pour constituer une SA.

Puis, les actions sont remises aux personnes qui font les apports (art. 680 CO); il s'agit de l'acquisition de leurs titres.

La SA n'acquiert la personnalité que par son inscription au registre du commerce (art. 643 CO, cf. art. 52 CC). Mais cette inscription suffit. L'inscription a donc un effet constitutif. L'inscription se fait au registre du commerce du lieu où la SA a son siège (art. 640 CO).

c. L'organisation

La loi impose l'existence d'un nombre minimum d'organes dans la SA. Les statuts peuvent en prévoir d'autres.

Si l'assemblée générale et le conseil d'administration sont des organes indispensables, il n'en va pas de même de l'organe de révision, auquel la société anonyme peut renoncer à certaines conditions (cf. art. 727a CO).

i. L'assemblée générale

L'assemblée générale se compose de l'ensemble des actionnaires (ordinaires). Elle est le pouvoir suprême de la société (art. 698 al. 1 CO). Elle jouit d'un certain nombre de pouvoirs inaliénables (art. 698 al. 2 CO).

La convocation de l'assemblée générale, qu'elle soit ordinaire (annuelle) ou extraordinaire (à chaque fois que c'est nécessaire), doit respecter une certaine procédure pour être valablement effectuée (art. 699-702 CO).

Sauf prescription contraire de la loi (cf. p. ex. les décisions importantes de l'art. 704 CO) ou des statuts, les décisions se prennent à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (cf. l'art. 692 CO pour la détermination du droit de vote des actionnaires). La loi prévoit également la possibilité, pour le conseil d'administration et

chaque actionnaire, d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (art. 706 à 706b CO).

A noter encore que les actionnaires jouissent, en cette qualité, de nombreux droits sociaux et patrimoniaux (droit aux dividendes, droit de vote, droit de contrôle).

ii. Le conseil d'administration

Le conseil d'administration de la SA se compose d'un ou plusieurs membres (art. 707 CO). Les membres sont nommés et révoqués par l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 2 CO). A l'interne, le conseil s'organise lui-même (art. 712 CO) et prend ses décisions à la majorité des voix émises, avec voix prépondérante du président si nécessaire (art. 713 CO).

C'est en principe le conseil d'administration qui gère les affaires de la société (art. 716 al. 2 CO). Il lui appartient de prendre des décisions sur toutes les affaires de la société qui ne sont pas réservées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts (art. 716 al. 1 CO).

La gestion est exercée collectivement, c'est-à-dire conjointement, par l'ensemble des membres du conseil d'administration (art. 716b al. 3 CO). Or, d'un point de vue pratique, la gestion conjointe (ou collégiale) n'est possible que dans les petites structures.

C'est pourquoi, le conseil d'administration peut déléguer tout ou partie de son pouvoir de gestion (art. 716 al. 2 in fine et 716a al. 1 ch. 4 CO), à condition que les statuts le lui autorise (art. 716b al. 1 CO) :

- « à un ou plusieurs de ses membres », appelés alors administrateurs délégués, et/ou
- « à des tiers », en principe appelés directeurs ou membres de la direction générale ; il peut également s'agir de « fondés de procuration et d'autres mandataires commerciaux » (à leur sujet, cf. titre XVIII du CO), à condition que la délégation intervienne conformément à l'art. 716b CO (car la possibilité offerte par l'art. 721 CO ne suffit pas).

A noter qu'en principe le titre de « fondé de procuration » ne désigne en principe plus aujourd'hui l'exercice de fonctions dirigeantes, mais la position d'un cadre moyen dont les pouvoirs sont restreints au plan interne.

La délégation n'est possible que sur la base d'une disposition statutaire et conformément à un « règlement d'organisation ». La délégation correspond au transfert au délégataire de fonctions de gestion conférant à leur titulaire la qualité d'organe au sens de l'art. 55 CC. Le « tiers » n'est donc pas un membre du conseil d'administration ; le pouvoir de gestion de la société lui a été délégué. Le conseil d'administration jouit néanmoins d'un certain nombre de pouvoirs inaliénables et intransmissibles (art. 716a CO), donc non déléguables.

iii. L'organe de révision

L'organe de révision est désigné par l'assemblée générale (art. 727 et 698 al. 2 ch. 2 CO). Il doit posséder les qualifications et l'indépendance nécessaires (art. 727a ss CO).

Il a pour mission de vérifier si la comptabilité, les comptes annuels et la proposition concernant l'emploi du bénéfice résultant du bilan sont conformes à la loi et aux statuts (art. 728 CO) et présente à l'assemblée un rapport sur le résultat de sa vérification (art. 729 CO).

d. Les rapports avec les tiers

Selon l'art. 718 al. 1 CO, chaque membre du conseil d'administration a le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers, sauf disposition contraire des statuts ou du règlement d'organisation. Ainsi, la gestion collective n'implique pas la représentation « collective » de la société. La loi prévoit au contraire que chacun des membres du conseil d'administration a en principe le pouvoir de représenter la société (CO 718 I), c'est-à-dire de l'engager.

Le conseil d'administration peut, conformément à l'art. 718 al. 2 CO, déléguer le pouvoir de représentation :

- « à un ou plusieurs de ses membres », appelés administrateur délégués, ou
- « à des tiers », que la loi nomme « directeurs ». Conformément à l'art. 721 CO (cf. ég. art. 716a al. 1 ch. 4 CO), le conseil d'administration peut également nommer des « fondés de procuration et d'autres mandataires commerciaux », qui ont le pouvoir « de signer » et, partant, d'engager la société (à leur sujet, cf. titre XVIII du CO).

Un membre du conseil d'administration au moins doit avoir qualité pour représenter la société (art. 718 al. 3 CO). L'octroi des pouvoirs de représentation peut découler d'une simple décision du conseil d'administration. L'inscription des tiers au registre du commerce est nécessaire pour qu'ils puissent valablement représenter la société (art. 720 CO).

e. La responsabilité à l'égard des tiers

La responsabilité des actionnaires est limitée à la seule libération complète de leurs actions (art. 620 al. 1 et 2 et 680 CO). Ils ne peuvent pas être recherchés personnellement au-delà de leur apport.

La société est engagée par les actes de ses organes (art. 718). Elle répond aussi des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par un organe autorisé (art. 722).

Toutes les personnes en charge de l'administration de la SA (organes formels et organes de fait) répondent, à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers de la société (tiers partenaires contractuels), du dommage qu'ils ont causé intentionnellement ou par négligence (art. 754 à 760 CO).

f. Les révisions du droit des SA

Le droit de la société anonyme a été modifié une première fois sur plusieurs points par la loi du 16 décembre 2005 (cf. Message du Conseil fédéral in FF 2002, p. 2949 et FF 2004, p. 3745 ss), notamment quant à l'établissement des comptes et révision, à l'agrément et à la surveillance des réviseurs.

Une modification supplémentaire a été proposée le 21 décembre 2007 (cf. FF 2008, p. 1407 ss et 1571 ss). Ce n'est finalement qu'une modification du droit comptable (art. 957 ss CO) qui a été approuvée, et qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

Le 26 février 2008, un comité d'initiative a déposé à la Chancellerie fédérale l'initiative populaire constitutionnelle « contre les rémunérations abusives » (initiative Minder). Cette initiative ayant été acceptée en votation populaire le 3 mars 2013, le Conseil fédéral a édicté une ordonnance pour mettre en œuvre la disposition constitutionnelle votée (art. 95 al. 3 Cst). Il s'agit de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb; RS 221.331), du 20 novembre 2013, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

7.4 La société à responsabilité limitée (Sàrl / SARL)

Le droit de la société à responsabilité limitée a lui aussi été récemment révisé (FF 2002, p. 2949 à 3060). L'entrée en vigueur de la réforme a eu lieu le 1^{er} janvier 2008. La révision de la loi a complètement remanié le concept de la Sàrl et, à bien des égards, a rapproché plus encore cette dernière de la SA.

a. *La définition*

La société à responsabilité limitée (Sàrl) est une société mixte, en ce sens qu'elle présente les caractéristiques d'une société de capitaux, mais également certaines caractéristiques d'une société de personnes (« société de capitaux à caractère personnel »).

La société à responsabilité limitée est une forme de mini société anonyme. Le capital-actions est ici dénommé le capital social et les actions deviennent les parts sociales. Selon l'art. 772 CO, il s'agit de la société « *que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales. Son capital social est fixé dans les statuts. Ses dettes ne sont garanties que par l'actif social (art. 772 CO)* ».

Les associés sont titulaires de parts sociales – dont la valeur nominale ne peut être inférieure à 100.- CHF (art. 774 al. 1 CO).

Le capital social ne peut être inférieur à CHF 20'000.- (art. 773 CO).

b. *La constitution*

Selon l'art. 777 al. 1 CO (comparer avec l'art. 629 CO), la Sàrl est constituée par un acte passé en la forme authentique, comme une SA, « dans lequel les fondateurs déclarent créer une Sàrl, arrêtent le texte des statuts et désignent les organes ».

L'acte constitutif de la société est donc passé devant un notaire et signé par tous les fondateurs. C'est ce que l'on l'assemblée constitutive au cours de laquelle l'acte constitutif de la société est signé par tous les fondateurs. La société peut être fondée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales ou par d'autres sociétés commerciales (art. 775 CO).

Dans cet acte, les fondateurs souscrivent également les parts sociales (art. 777 al. 2 CO). Ainsi, lors de l'assemblée constitutive, il est procédé à la souscription des parts sociales, qui est un acte individuel effectué par chacun des fondateurs. Cette souscription impose de libérer un apport correspondant au prix d'émission des parts sociales souscrites. Lors de la constitution d'une Sàrl, l'intégralité du capital social doit être libérée.

La part sociale, quote-part du capital social de chaque associé, détermine l'étendue de ses droits et obligations.

Finalement et pour que la constitution de la Sàrl soit parfaite, son inscription au registre du commerce est nécessaire. En effet, la Sàrl n'acquiert la personnalité que par son inscription au registre du commerce du lieu de son siège (art. 779; cf. art. 643 CO et 52 CC) ; l'inscription a donc un effet constitutif. A la différence de la SA, tout titulaire de part sociale doit être inscrit au registre du commerce (art. 791 CO). Il n'y a donc pas d'anonymat dans la Sàrl.

c. L'organisation

La loi impose les organes suivants :

- l'assemblée des associés ;
- le ou les gérants ;
- l'organe de révision, sauf si les conditions de l'art. 727a CO sont réunies (art. 818 CO).

i. L'assemblée des associés

C'est le pouvoir suprême de la société (art. 804 CO). L'assemblée des associés jouit notamment de pouvoirs inaliénables de par la loi (art. 804 al. 2 CO). La suprématie se rapporte justement à la nature des attributions de l'assemblée des associés, énumérées à cet alinéa 2 (notamment : modification des statuts, nomination des gérants, approbation des comptes, etc.).

ii. Les gérants

Contrairement à la société anonyme qui dispose du conseil d'administration, la Sàrl ne dispose pas d'un organe spécifique pour sa gestion. Ce sont en effet les associés, tous ensemble, qui exercent collectivement la gestion de la société (art. 809 I CO). Autrement dit, les associés gèrent collectivement la société. Ainsi, la qualité de gérant revient à tout associé (à l'exclusion cependant des « associés personnes morales » ; cf. art. 809 al. 2 CO : « seules des personnes physiques peuvent être désignées comme gérants »).

Il est possible de déroger au principe de la gestion commune par les associés. Il convient à cet égard que les statuts attribuent la gestion de la société (art. 809 al. 1 2^{ème} ph.) :

- à certains des associés (associés gérants nommés) ou
- à des tiers. Il pourra s'agir de directeurs, de fondés de procuration ou d'autres mandataires commerciaux (art. 804 al. 3 CO ; cf. ég. titre XVIII du CO).

d. Les rapports avec les tiers

Selon l'art. 814 al. 1 CO, chaque gérant a le pouvoir de représenter la société.

Les statuts peuvent néanmoins déroger au régime légal, en fonction des besoins spécifiques de la société (art. 814 al. 2 CO). Il est ainsi possible de limiter le pouvoir de représentation à certaines des gérants, de l'étendre à des tiers non gérants (directeurs ou représentants commerciaux) ou de prévoir une signature collective plutôt que des pouvoirs individuels. Il est toutefois impératif qu'au moins un gérant ait la qualité pour représenter la société (art. 814 al. 2 1^{ière} ph. in fine).

e. La responsabilité à l'égard des tiers

L'étendue et les restrictions des pouvoirs de représentation des gérants sont régies par les règles de la SA (art. 827 CO).

7.5 La société en nom collectif

a. La définition

La société en nom collectif (SNC) est régie par les art. 552 à 593 CO.

La SNC est la société que contractent deux ou plusieurs personnes physiques (uniquement !), sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie (cf. art. 552 al. 1 CO).

Contrairement à la société simple, la SNC jouit d'une certaine personnalité juridique, en ce sens qu'elle constitue une entité juridique ayant une existence distincte de celle de ses membres ; on dit qu'elle a la quasi-personnalité juridique. Elle peut, comme telle, agir juridiquement comme un sujet de droit (cf. art. 562 CO).

De plus, elle a un nom et est inscrite au registre du commerce.

Néanmoins, la SNC n'a pas la personnalité morale au sens strict du terme :

- Les biens constituant la fortune sociale ne peuvent pas lui appartenir en propre, mais appartiennent en commun à l'ensemble des associés.
- Sous l'angle fiscal, elle n'est pas un contribuable en tant que tel.

b. La constitution

Les conditions d'existence de la SNC sont des conditions matérielles :

- l'existence d'un contrat de société, qui doit comprendre tous les éléments constitutifs d'un contrat de société (cf. ci-dessus 7.1) et qui détermine notamment les rapports des associés entre eux (cf. art. 557 CO) ;

- le fait que seules des personnes physiques peuvent en être membres (sociétés de personnes) ;
- le but commercial.

S'agissant de l'inscription au registre du commerce, la SNC n'est, en principe, pas tenue de se faire inscrire au registre du commerce pour exister. En revanche, la SNC qui n'exploite pas une industrie en la forme commerciale n'existe comme société « que du moment où elle se fait inscrire sur le registre du commerce » (art. 553 CO).

Il n'en demeure pas moins que les membres de la société sont tenus de la faire inscrire au registre du commerce (art. 552 al. 2 CO, protection des tiers). L'inscription n'a donc qu'un effet déclaratif, et non constitutif.

c. L'organisation

Le pouvoir suprême est constitué de l'ensemble des associés (art. 557 al. 2 ; renvoi aux règles de la société simple : art. 534 CO).

Les rapports entre associés sont en premier lieu régis par le contrat de société (art. 557 al. 1 CO) ; cela résulte du caractère hautement personnel de la SNC. A noter que les associés sont soumis à la même obligation de fidélité et de diligence que les membres d'une société simple (art. 561, 536, 538 CO).

La gestion de la société revient à tous les associés, qui peuvent agir individuellement, sauf si la gestion est transférée exclusivement (art. 557 al. 2 CO et renvoi à l'art. 535 CO ; cf. ég. art. 541 CO) :

- à certains associés (associés gérants nommés) ou
- à des tiers (tiers gérants).

d. Les rapports avec les tiers

La représentation de la SNC est assurée, en principe, par chacun des membres de la société (art. 563 CO). Il en résulte que la société acquiert des droits et s'engage par les actes d'un associé faits en son nom (cf. art. 562 CO). Elle répond aussi du dommage résultant d'actes illicites qu'un associé commet dans la gestion des affaires sociales (art. 567 CO).

Si la représentation doit en principe être exécutée personnellement, une délégation peut être autorisée dans toutes les formes de société. Le droit de représentation peut ainsi être conféré :

- à l'un des associés seulement,
- à quelques-uns d'entre eux ou
- à des tiers. Dans ce dernier cas, un associé doit également être en mesure de représenter la société. En effet, la société ne peut limiter que jusqu'à un nombre des représentants prévus par la loi ; autrement dit, elle peut retirer leur pouvoir de représentation à tous les représentants légaux, sauf un (art. 555).

Toute forme de restriction du pouvoir de représentation doit faire l'objet d'une inscription au registre du commerce, pour en informer les tiers (cf. art. 555 CO).

e. La responsabilité à l'égard des tiers

C'est dans les relations avec les tiers que la SNC se distingue le plus de la société simple : en effet, même si les associés ne peuvent pas restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société (art. 552 et 568 CO), la SNC peut néanmoins, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice (art. 562 CO). La SNC est donc elle-même créancière et débitrice des tiers. Mais, simultanément, les associés restent aussi responsables personnellement des engagements de la SNC, même si ce n'est que subsidiairement.

Cette situation résulte de la conjonction des deux éléments suivants :

Premièrement, la SNC a la quasi-personnalité. Elle est donc juridiquement engagée par les actes qu'elle a accomplis elle-même ou par les actes qui ont été accomplis par ses représentants autorisés, ainsi que par les actes que ses membres ont pu commettre de manière illicite. A l'égard des tiers, la SNC assume donc elle-même, en premier rang, une responsabilité contractuelle et délictuelle directe sur toute la fortune sociale (cf. art. 562 et 567 CO).

Secondement, la SNC reste une société de personnes, ce qui signifie que ses membres y assument le rôle principal et que leur fortune personnelle constitue une garantie pour les tiers, et ce sans aucune restriction ; toute convention contraire reste sans effet à l'égard des tiers (art. 568 al. 2). Cela signifie, en pratique que les associés assument, à l'égard des tiers, une responsabilité personnelle :

- illimitée, soit sur tous leurs biens (art. 568 al. 1 CO),
- solidaire, en ce sens que chacun des membres est débiteur solidaire avec les autres membres (art. 568 al. 1 CO) et que les créanciers peuvent agir, au choix, contre un, l'autre, deux ou plusieurs des membres de la SNC, pour la totalité de la créance ;
- subsidiaire, ce qui signifie que les créanciers devront d'abord rechercher la SNC elle-même, sur ses biens sociaux (art. 562 CO), avant de pouvoir se retourner contre les associés personnellement (art. 570 et 568 al. 3 CO).

7.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

La Loi fédérale sur les fonds de placement a été totalement révisée afin, notamment, d'introduire la possibilité pour un fonds d'avoir un capital variable. La loi s'intitule dorénavant « Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux » (LPCC) (cf. Message du Conseil fédéral in : FF 2005 p. 5993 ss). Elle vise notamment à :

- rétablir la compatibilité de la législation suisse sur les fonds de placement avec les normes européennes ;
- étendre la législation sur les fonds de placement à toutes les formes de placements collectifs ;
- augmenter l'attrait et promouvoir la compétitivité de la place suisse des fonds de placement en créant notamment de nouvelles formes juridiques pour les placements

collectifs telles que la SICAV et la société en commandite de placements collectifs et en soumettant à la loi les sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF), qui n'étaient réglementées jusqu'à présent que par le droit boursier ;

- aménager et renforcer la protection des investisseurs par une transparence accrue.

III. LE DROIT PUBLIC

INTRODUCTION

La présente partie, consacrée à un panorama général du droit public, est divisée en quatre chapitres.

Le premier chapitre traite de l'ordre constitutionnel suisse en général. L'ordre constitutionnel suisse comprend l'ensemble des règles, des institutions juridiques et des pratiques politiques essentielles qui concernent l'Etat fédéral suisse (soit la Confédération), l'exercice de la puissance publique, les relations qu'entretient l'Etat avec la société et les individus et les relations qu'il entretient avec les entités autonomes, dotées de leur propre gouvernement, nommées entités fédérées ou cantons.

Nous aborderons la Constitution fédérale suisse, les droits constitutionnels et les dispositions que l'on appelle communément la « constitution économique » de la Suisse. Après en avoir défini la notion et l'objet, on s'intéressera de plus près à deux de ses aspects majeurs, soit la garantie de la propriété et la liberté économique.

Le deuxième chapitre présente brièvement quelques lois de droit public économique. On y traitera principalement du (vaste) domaine du droit de la concurrence, puis du droit bancaire et boursier, avant de passer rapidement en revue, enfin, quelques autres domaines du droit public économique.

Les troisième et quatrième chapitres ont pour objet la place de la Suisse dans la Communauté internationale.

Dans le troisième chapitre, on traitera du droit international public en général et des organisations internationales en particulier.

Le quatrième chapitre s'attachera à décrire la place de l'économie et du droit suisses dans le contexte international. Après une présentation des relations entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique international et leur évolution, on examinera successivement les relations entre la Suisse et l'Union européenne (UE), les relations entre la Suisse et l'Association européenne de libre-échange (AELE) et, enfin, les relations entre la Suisse et l'Organisation mondiale du commerce OMC).

Chapitre 1

L'ordre constitutionnel suisse

§ 8 LA CONSTITUTION FEDERALE

Textes législatifs : Constitution fédérale de 1999 (RS 101).

Bibliographie : A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I et II, Berne 2013 ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 ; B. DUBEY, La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse, Bâle / Bruxelles / Paris 2002.

(Voir ég. sur la Constitution de 1874 : J.-F. AUBERT et alii (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse ; J.-F. AUBERT, Traité de Droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967).

8.1 Notions

La Constitution est la loi fondamentale de l'Etat, édictée par le pouvoir constituant, selon une procédure particulière.

Il convient de distinguer la Constitution au sens formel et la Constitution au sens matériel :

- La Constitution au sens formel est l'ensemble des règles qui figurent dans le texte de la Constitution du 18 avril 1999, avec les amendements adoptés depuis lors. C'est le « droit de la constitution », à savoir l'ensemble des règles et institutions qui se trouvent formellement dans la Constitution.
- La Constitution au sens matériel est l'ensemble des règles fondamentales de l'Etat qui sont l'objet du droit constitutionnel et qui devraient figurer dans toute Constitution (mais qui peuvent figurer ailleurs !).

Ces deux notions ne se recouvrent qu'en partie. En effet, de nombreuses règles fondamentales relatives à l'Etat, qui relèvent par conséquent du droit constitutionnel, se trouvent ailleurs que dans la Constitution (p. ex. dans des lois, traités, règlements, jurisprudence). A l'inverse, la Constitution peut aussi contenir des règles de détail qui ne sont pas essentielles pour l'Etat et qui ne relèvent dès lors pas du droit constitutionnel.

Constituent notamment du droit constitutionnel au sens matériel :

- les règles sur la composition, l'attribution et le fonctionnement des principaux organes de l'Etat ;
- les règles sur la répartition des compétences (rapports entre les organes) ;
- les règles sur la révision de la Constitution ;
- les règles sur la structure de l'Etat ;
- les règles sur la population et le territoire ;
- les règles sur les droits fondamentaux des individus.

On parle également de « droit constitutionnel au sens propre » ou, en allemand, de « *Staatsrecht* » (droit de l'Etat).

8.2 Les différents organes de l'Etat fédéral

a. La structure fédérale

La Suisse est un Etat fédéral depuis 1848. Cette structure fédéraliste compte trois niveaux politiques : la Confédération, les cantons et les communes.

L'appellation officielle de l'Etat fédéral suisse est : « Confédération suisse ». La Confédération comprend trois pouvoirs : l'Exécutif (Conseil fédéral), le Législatif (l'Assemblée fédérale) et le Judiciaire (Tribunal fédéral).

La Suisse est formée de 26 cantons (vingt cantons et de six demi-cantons). Ils sont les successeurs des États originels, qui se sont regroupés dès 1848 pour former la Confédération, en lui déléguant une part de leur souveraineté (cf. ci-après).

Les communes forment l'échelon de base de l'organisation politique de la Suisse. Tous les cantons se composent de communes politiques. Outre les tâches qui leur sont confiées par leur canton ou par la Confédération, les communes déterminent leurs propres compétences dans plusieurs domaines.

Il appartient à la Constitution de définir le statut des cantons au sein de la Confédération.

Les cantons et demi-cantons revêtent une double qualité : ils sont simultanément des collectivités publiques autonomes (« Etats ») et des organes de la Confédération.

b. Les cantons en tant que collectivités publiques autonomes

Comme déjà indiqué (cf. ch. 8.4/b), les cantons ont toujours leurs propres domaines de compétence (cf. art. 3 et 42 Cst), même si ces domaines ont tendance à se raréfier et à voir leur étendue se réduire fortement avec le temps.

Dans leurs domaines de compétence, les cantons jouissent non pas d'une totale souveraineté (contrairement au texte de l'art. 3 Cst.), mais d'une autonomie. Cette autonomie n'est toutefois pas négligeable, puisqu'elle permet aux cantons d'édicter leur propre droit (lois cantonales), d'avoir leurs propres autorités et institutions législatives, exécutives et judiciaires et de prélever leurs propres impôts (art. 47 Cst).

Une réserve doit cependant être apportée en ce sens que les cantons restent tenus de respecter les principes fondamentaux du droit international et du droit fédéral, ainsi que certaines obligations imposées par l'ordre juridique fédéral (voir notamment la principe de fidélité confédérale et les obligations concrètes qu'il engendre : art. 44 Cst). Par ailleurs, il arrive bien souvent que les compétences cantonales soient encadrées par la législation fédérale.

c. Les cantons en tant qu'organes de la Confédération

Les cantons sont également de véritables organes de la Confédération. Cette fonction particulière entraîne différentes conséquences, concrétisées par les deux principes suivants : le principe de participation et le principe du fédéralisme d'exécution.

En vertu du principe de participation, les entités fédérées (cantons) ont un droit de participer sous différentes formes à l'activité (notamment législative, mais aussi constitutionnelle et internationale) de l'entité centrale (Confédération) :

- Les cantons participent à la formation de la volonté fédérale (art. 45 Cst, mais aussi art. 140 et 141 Cst).
- La majorité des cantons est requise lors d'une révision constitutionnelle (art. 195 Cst).
- Les cantons ont le droit de proposer une nouvelle loi fédérale ou un référendum (art. 160 et 141 Cst).
- Les cantons sont informés en temps utile et de manière détaillée lors de l'élaboration de la législation fédérale ; ils sont en outre obligatoirement consultés lorsqu'il s'agit de nouvelles lois fédérales qui touchent leurs intérêts (art. 45 al. 2 Cst).

En vertu du principe du fédéralisme d'exécution (ou principe de l'administration indirecte), les cantons sont les autorités ordinaires d'exécution du droit fédéral, c'est-à-dire que c'est en principe eux qui mettent en œuvre le droit fédéral (art. 46 Cst).

Lorsque les cantons agissent comme agents d'exécution du droit fédéral, la Confédération est tenue de leur laisser une certaine marge de manœuvre et de respecter leurs particularités. Elle doit aussi tenir compte de la charge financière qu'entraîne cette mise en œuvre pour les cantons, en leur laissant des sources de financement suffisantes et en établissant un système de péréquation financière (cpr avec le droit de l'Union européenne, ci-dessous).

8.3 La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons

a. Le principe des art. 3 et 42 Cst

Au vu de la structure fédérale de la Suisse, la Constitution a notamment pour tâche de fournir la clé de répartition des compétences entre l'entité centrale (Confédération) et les entités fédérées ou membres (cantons).

La répartition des compétences est régie par le principe des « compétences (fédérales) d'attribution », en vertu duquel la Confédération n'est compétente que si un domaine de compétence lui a été attribué par la Constitution (cf. les art. 3 et 42 Cst.).

En effet, l'art. 42 Cst dispose : « *La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution.* » des tâches que la Constitution fédérale attribue à la Confédération (art. 42 ss Cst.). Ces tâches définissent le rôle de l'Etat et les activités qu'il peut ou, bien souvent, doit accomplir.

Quant aux cantons, leurs compétences découlent de l'art. 3 Cst, qui dispose que les « *cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous*

les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». L'art. 3 Cst institue ainsi une présomption de compétence en faveur des cantons.

Il convient de comprendre les termes, un peu désuets, de « souverains » et « souveraineté » au sens de « compétents » et « compétence ».

b. La portée des art. 3 et 42 Cst

Le principe de l'art. 3 Cst et de l'art. 42 Cst a une portée générale : il s'agit d'une clause générale de compétence en faveur des cantons. Il permet d'opérer une répartition des compétences sans lacune :

- soit la Constitution attribue une matière à la Confédération et il s'agit d'une compétence fédérale ;
- soit il n'y pas d'attribution pour cette matière, et la matière relève de la compétence des cantons.

La Confédération ne jouit donc que des compétences que la Constitution lui attribue. Ces compétences sont, la plupart du temps, attribuées expressément dans la Constitution ; il peut néanmoins arriver que la Confédération dispose de compétences qui lui sont attribuées de manière implicite.

La plupart des normes attribuant expressément et explicitement des compétences à la Confédération sont rassemblées dans les chapitres 2, intitulé "Compétences", et 3 ("régime des finances") du titre 3 de la Constitution, où elles sont rangées par grands domaines de l'activité humaine (par exemple: travaux publics et transports, économie ou formation, recherche et culture). Il n'est cependant pas exclu que l'on puisse trouver des attributions de compétences ailleurs dans la Constitution, notamment dans le titre 2, chapitre 2, consacré à la nationalité, aux droits de cité et aux droits politiques.

On ne peut déduire aucune compétence du préambule de la Constitution, ni de l'art. 2 Cst, qui traite du but de la Confédération suisse et vise à la fois l'Etat central et les cantons. L'art. 2 Cst a plutôt pour fonction de définir un « programme général ».

A côté des compétences fédérales expresses ou explicites, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent l'existence de compétences implicites ou tacites.

Il s'agit de compétences qui ne figurent pas expressément dans le texte constitutionnel mais que l'on peut déduire, par interprétation, de celui-ci. A titre d'exemple, on mentionnait, sous le régime de l'ancienne Constitution, la compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères. Cette illustration n'est cependant plus d'actualité, la compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères figurant désormais expressément à l'art. 54, al. 1 Cst. Un autre exemple classique est le droit pour la Confédération de définir ses armoiries ainsi que la compétence de fixer le siège des autorités fédérales.

Il n'y a dès lors pas de texte qui énumère les compétences des cantons. Une telle énumération serait non seulement vaine, mais encore dangereuse, dans la mesure où, par définition, elle ne serait jamais exhaustive et risquerait d'omettre et donc d'exclure des domaines de la compétence des cantons. Ainsi, le texte constitutionnel ne devrait contenir aucune attribution de compétence en faveur des cantons, puisque ceux-ci ont, par

définition, toutes les compétences que la Constitution ne délègue pas à la Confédération. Dans ces conditions, une attribution constitutionnelle de compétence aux cantons apparaît de prime abord soit inutile, puisqu'elle ne pourra porter que sur une compétence que le canton possède déjà en vertu de l'art. 3 Cst., soit à tout le moins étrangère au système général.

Pourtant, les cantons sont souvent mentionnés dans les dispositions constitutionnelles relatives au partage des compétences, figurant plus spécialement au chapitre 2 du titre 3. Ces références aux cantons revêtent, suivant les cas, une signification et une portée différentes. On distingue les réserves cantonales proprement dites et les réserves cantonales improprement dites.

- 1° On parle de réserve du droit cantonal improprement dite lorsque la Constitution « attribue » aux cantons une compétence que ceux-ci possèdent déjà en vertu de leur compétence générale et subsidiaire, autrement dit lorsqu'il s'agit d'une compétence que la Constitution n'attribue pas à la Confédération. On leur attribue une valeur pédagogique ou déclarative. Ainsi, l'art. 72 al. 1 Cst prévoit que « la réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons ». Ce domaine n'étant pas attribué par la Constitution à la Confédération, il aurait incombé aux cantons même sans la disposition considérée, en vertu de leur compétence générale et subsidiaire.
- 2° Les réserves cantonales proprement dites ont pour effet de conférer aux cantons une compétence qui, sans cela, incomberait à la Confédération. On rencontre principalement cette figure dans les cas où la Constitution attribue à la Confédération une compétence générale ou globale dans un certain domaine, dont elle extrait un point particulier pour le laisser à la réglementation des cantons.

Ainsi, l'art. 89, al. 3 Cst. attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de consommation d'énergie ; l'alinéa 4 de la même disposition précise cependant que les cantons sont compétents s'agissant de la consommation d'énergie dans les bâtiments.

c. Les modes d'attribution de compétences

Dans la Constitution, il n'existe pas de systématique cohérente ni de critère unique d'attribution de compétences : le choix des modes d'attribution répond à des nécessités très pragmatiques et dépend de l'époque de l'attribution, de la matière concernée, du contexte politique, économique et juridique entourant l'attribution de la compétence. Il en résulte ainsi un « patchwork » de critères et de méthodes d'attribution, que la révision totale de la Constitution en 1999 a pu partiellement clarifier et systématiser, mais n'a pas réussi (ni n'a voulu d'ailleurs) à supprimer.

La Constitution utilise les modes suivants d'attribution de compétences :

- Attribution par tâches (p. ex. art. 57, 77, ...)
- Attribution par domaines (p. ex. art. 54, 74, 122, 123, ...)
- Attribution par buts à atteindre (p. ex. art. 61a, 73, 76, 89, ...)
- Attribution par une description des moyens à mettre en œuvre (p. ex. art. 75, 76 al. 2, 78 al. 2, 79, 83 al. 2, ...).

Il peut arriver que, pour faire face à un problème grave ou à une crise, la Confédération doive adopter des règles de manière urgente, quand bien même elle n'a pas de compétence

pour le faire. Il s'agit d'une législation d'urgence, qui est dépourvue de base constitutionnelle. Dans ce genre de cas, c'est l'art. 165 al. 3 Cst qui règle la procédure ; on parle de la compétence exceptionnelle de la Confédération.

Il découle de cette disposition que :

- 1° une loi fédérale urgente dépourvue de base constitutionnelle ne peut avoir qu'une durée de validité limitée à une année, sauf si elle a été acceptée dans ce délai par le peuple et les cantons ;
- 2° une loi fédérale déclarée urgente qui n'a pas été acceptée en votation ne peut pas être renouvelée ;
- 3° une loi fédérale ne peut être munie de la clause d'urgence que si son entrée en vigueur « *ne souffre aucun retard* ». En d'autres termes, l'urgence doit être temporelle et objective, en ce sens qu'il est objectivement nécessaire que l'acte législatif produise des effets immédiats et qu'il doit concerner un objet important.

d. La sanction de la répartition des compétences

La législation fédérale l'emporte sur toute réglementation cantonale, quel que soit son niveau (« *Bundesrecht bricht kantonalles Recht* »). On parle du principe de la primauté du droit fédéral (force dérogatoire du droit fédéral), principe expressément ancré dans la Constitution à l'art. 49 al. 1 Cst., qui précise que le droit fédéral prime le droit cantonal.

Ce principe est mis en œuvre par le biais :

- des tribunaux cantonaux (contrôle dit « diffus »), qui sont tenus de contrôler la conformité du droit cantonal avec la répartition des compétences ;
- du Tribunal fédéral (TF) (action selon art. 120 LTF, recours ordinaires, recours en matière de droit public, recours constitutionnel subsidiaire) ;
- des autorités administratives de la Confédération (surveillance) et des cantons. En effet, ces autorités ont la même obligation que les autorités judiciaires.

Si une règle cantonale viole le principe de la primauté, elle est en principe nulle ex tunc (dès l'origine) et entièrement : elle est considérée comme n'ayant jamais existé. En réalité, l'idée de la nullité absolue n'est pas vraiment praticable ni réaliste dans un Etat fédéral dans lequel il existe un tel enchevêtrement de compétences. La conséquence d'une telle violation du principe devra donc le plus souvent être déterminée au cas par cas, par l'autorité saisie (le juge le plus souvent) : il pourra ainsi, par exemple, refuser d'appliquer la règle cantonale, l'annuler partiellement ou totalement, avec effet *ex tunc* ou *ex nunc*, l'interpréter conformément au droit fédéral, ...

En principe et logiquement, cet effet de primauté ne devrait valoir que lorsque la législation fédérale a été adoptée en conformité avec la Constitution, c'est-à-dire dans un domaine où la Confédération jouit d'une compétence. En réalité, il vaut toutefois dans tous les cas, puisqu'il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales en Suisse.

8.4 La hiérarchie des normes fédérales

a. *Le principe*

Dans la plupart des Etats de droit, une hiérarchie des normes est communément acceptée.

Au sein des règles juridiques, il existe traditionnellement une certaine hiérarchie, laquelle découle du degré de légitimité reconnu à la forme selon laquelle la règle a été adoptée.

Ainsi, une disposition constitutionnelle revêt en principe une légitimité supérieure à celle d'une loi, en raison de la procédure d'adoption qualifiée à laquelle elle est soumise. C'est pourquoi, en Suisse, les dispositions constitutionnelles devraient en principe avoir le pas sur les autres actes normatifs fédéraux. Ce principe subit néanmoins une restriction importante, comme il le sera exposé ci-après.

b. *Les particularités du système helvétique*

En Suisse, il convient de tenir compte du fait que « *les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral* » (art. 189 al. 4 Cst) et que « *le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* » (art. 190 Cst). Il découle de ces dispositions qu'il n'y a concrètement pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale, puisque le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales (même si elles violent la Constitution !).

Partant, l'obligation d'appliquer la législation fédérale s'impose quand bien même il apparaîtrait que cette législation viole la Constitution fédérale. La règle de l'article 190 Cst n'empêche cependant pas le Tribunal fédéral d'examiner cette question, ni de rechercher, parmi les différentes interprétations possibles de la loi fédérale, celle qui est conforme à la Constitution. Par ailleurs, l'obligation d'appliquer le droit international, consacrée dans la même disposition constitutionnelle, permet le cas échéant de faire échec à l'application d'une norme du droit fédéral qui empêcherait la réalisation des garanties prévues par un instrument international de protection des droits de l'homme.

Bien que beaucoup de constitutionnalistes regrettent cette situation, souvent difficilement soutenable, l'interdiction de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales est inscrite dans la Constitution et doit de ce fait être respectée. Il est cependant à noter que, pour éviter que les autorités n'aient à appliquer de normes anticonstitutionnelles, le Parlement examine toujours la question de la constitutionnalité avant d'adopter une nouvelle loi fédérale.

Le régime, tel qu'exposé ci-devant, ne concerne cependant ni les ordonnances du Conseil fédéral, ni le droit cantonal.

Pour rappel, dans les rapports entre l'Etat fédéral et les cantons, une norme législative fédérale a la primauté sur une norme de droit cantonal, en vertu du principe de primauté (art. 49 al. 1 Cst ; anciennement principe de la force dérogatoire du droit fédéral ; cf. le chapitre « 8.2/e La sanction de la répartition des compétences »).

c. *La procédure de révision de la Constitution*

i. *Introduction*

Bien qu'il n'y a concrètement pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale, les normes constitutionnelles se distinguent des autres normes en raison de la procédure de leur adoption ou de leur révision, qui est particulière.

ii. *La révision totale*

La procédure de révision totale de la Constitution est prévue à l'art. 193 Cst. Elle peut être proposée par le peuple, par l'un des deux Conseils (national ou des Etats) ou encore décrétée par l'Assemblée fédérale (les deux Conseils ensemble). Si l'initiative émane du peuple ou si les deux Conseils sont en désaccord, le peuple décide par vote si une révision totale doit avoir lieu. En cas d'acceptation par le peuple, les deux Conseils sont renouvelés.

Une révision totale ne peut violer les règles impératives du droit international (limite matérielle ; « *jus cogens* » ; art. 5 al. 4 et 193 al. 4 Cst).

La Constitution actuelle (du 18 avril 1999) est issue d'une révision totale de la Constitution de 1874. Il s'agissait de la deuxième révision totale depuis le début de l'Etat fédéral, en 1848.

iii. *La révision partielle*

La procédure de la révision partielle est fixée à l'art. 194 Cst.

Peuvent proposer une révision partielle (art. 194 al. 1 Cst) :

- l'Assemblée fédérale, soit les deux Chambres ;
- le peuple, lorsque 100'000 citoyens le demandent : il s'agit du droit d'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution, qui figure à l'art. 139 Cst.

En cas d'initiative populaire, diverses règles sont à respecter :

- 1° Le principe de l'unité de la matière : il doit exister « *un rapport intrinsèque entre les différentes parties de l'initiative* » (art. 139 al. 3 et 194 al. 2 Cst ; art. 75 al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1, LDP).
- 2° L'interdiction de violer les règles impératives de droit international (art. 75 al. 2 LDP ; art. 194 al. 2 et 139 al. 3 Cst ; art. 5 al. 4 et 193 al. 4 Cst) : il s'agit là encore d'une limite matérielle à la révision partielle de la Constitution, soit d'une restriction quant au contenu admissible d'une révision constitutionnelle. En principe, il ne devrait pas y avoir de limite matérielle au contenu d'une initiative : en effet, admettre que les Chambres fédérales puissent déclarer une initiative irrecevable quant à son contenu irait à l'encontre du principe démocratique selon lequel seuls le peuple et les cantons peuvent se déterminer sur la réforme de la Constitution.

Par conséquent, on essaiera de manière générale d'interpréter l'initiative de manière à ce qu'elle soit compatible avec le *jus cogens* international. Il n'en demeure pas moins que, en vertu du principe selon lequel le droit international est supérieur à l'ensemble du droit interne, si une initiative viole directement et sur un point essentiel le droit international, l'Assemblée fédérale devra refuser de la soumettre au vote du peuple (art. 139 al. 3 Cst ; 75 al. 1 LDP). Un rapport récent du Conseil fédéral relatif aux rapports entre le droit constitutionnel et le droit international public tente de donner des solutions pragmatiques et juridiquement défendables à ce problème.

- 3° Troisièmement, le principe de l'unité de la forme : l'initiative peut revêtir soit la forme d'une proposition conçue en termes généraux, soit celle d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 139 al. 2 Cst ; 75 al. 3 LDP) ; un mélange des deux formes est exclu.
- 4° Quatrièmement, l'exécutabilité: en cas d'acceptation par le peuple et les cantons, l'initiative doit pouvoir être effectivement réalisée. Cette règle ne figure nulle part mais est l'expression d'un principe général du droit.

d. La forme des actes législatifs fédéraux

C'est aux art. 163 ss que la Constitution définit les formes que doivent revêtir les actes du législateur fédéral.

L'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. Les autres actes (donc ceux ne fixant pas des règles de droit) sont édictés sous la forme d'un arrêté fédéral, qui est qualifié d'arrêté fédéral simple s'il n'est pas sujet au référendum (art. 163 Cst ; art. 22 et 29 de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, Loi sur le Parlement, LParl, RS 171.10).

Selon l'art. 164 Cst, doivent nécessairement revêtir la forme de lois fédérales les dispositions fondamentales relatives notamment :

- « à l'exercice des droits politiques ;
- à la restriction des droits constitutionnels ;
- aux droits et obligations des personnes ;
- à la qualité de contribuable, à l'objet de l'impôt et au calcul du montant des impôts ;
- aux tâches et aux prestations de la Confédération ;
- aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral ;
- à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales ».

8.5 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Dans quels domaines la Confédération a-t-elle fait application de l'art. 165 Cst (ex art 89^{bis} aCst) ?

Serait-il envisageable de faire usage de cet article dans le domaine du rapprochement avec l'Europe ? Pourquoi ?

- 2° Après le rejet de l'EEE, en 1992, d'aucuns ont proposé aux cantons romands et aux deux Bâle de conclure eux-mêmes avec des Etats étrangers des traités sur des objets concernant notamment l'économie publique et les rapports de voisinage. Est-ce possible ? Qu'en pensez-vous ?

b. Exercices

- 1° Suite à une proposition d'un député, le Grand Conseil du canton d'Uri vient d'adopter une loi interdisant la circulation sur le réseau cantonal aux véhicules de plus de 28 tonnes. Le Conseil d'Etat ayant attiré l'attention du Parlement cantonal sur la question de sa compétence, l'interdiction a été limitée aux routes cantonales et communales et ne s'applique pas à la route nationale (autoroute) qui traverse le canton.

Le Conseil fédéral vous demande de préparer une note à son intention.

- 2° Quelles sont les limites posées par le droit fédéral aux cantons lorsque ces derniers décident de réglementer dans leur lois cantonales sur le commerce l'ouverture et la fermeture des commerces de leur cantons ? Un canton peut-il décider que, pour mieux protéger la santé de ses ressortissants, il interdit toute ouverture des commerces après 18 heures le soir ? La réponse est-elle la même s'il le fait pour protéger la tranquillité publique ?

§ 9 LES DROITS CONSTITUTIONNELS

Textes législatifs : Constitution fédérale ; CEDH ; Pactes ONU I et II.

Bibliographie : Cf. M. HOTTELIER / H. MOCK / M. PUÉCHAVY, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, Genève / Zurich / Bâle, 2011; A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux, Berne 2006 ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 ; J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Berne 2008 ; J.-F. AUBERT / P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich / Bâle / Genève 2003 ; E. GRISEL, Egalité - Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne 2009.

9.1 La notion

Un droit constitutionnel (aussi appelé : droit fondamental, droit individuel ou liberté publique) est la faculté reconnue à une personne de s'opposer à une activité étatique qui pourrait porter atteinte à sa liberté ou à sa personnalité.

Dans la conception des droits constitutionnels que l'on avait au 19^{ème} siècle, il s'agissait d'abord, pour les individus, de se protéger contre l'Etat qui menaçait les libertés individuelles (liberté de la presse, liberté de conscience et de croyance, ...). Au 20^{ème} siècle, cette conception a été étendue. Les droits

fondamentaux visent non seulement à garantir un standard minimum (droit à la vie, inviolabilité du domicile), mais aussi à permettre l'exercice de la démocratie (liberté d'expression, liberté de réunion) et encore à assurer le respect de la dignité de chaque personne (liberté personnelle, droit à un minimum vital, règles de procédure minimum).

9.2 Les sources des droits fondamentaux

Les sources des droits fondamentaux sont multiples.

La première source des droits fondamentaux est la Constitution (fédérale) qui garantit spécifiquement un certain nombre de droits constitutionnels. Les droits sont énumérés aux art. 7 à 34 Cst. Il s'agit notamment :

- le droit à la dignité humaine (art. 7),
- le droit à l'égalité (art. 8),
- le droit à la protection contre l'arbitraire et à la protection de la bonne foi (art. 9),
- le droit à la vie et à la liberté personnelle (art. 10),
- le droit à la protection de la sphère privée (art. 13),
- le droit au mariage et à la famille (art. 14),
- la liberté de conscience et de croyance (art. 15),
- la liberté d'opinion et d'information et celle des médias (art. 16 et 17),
- la liberté de la langue (art. 18),
- la liberté de réunion et la liberté d'association (art. 22 et 23),
- la garantie de la propriété (art. 26),
- la liberté économique (art. 27),
- la liberté syndicale (art. 28),
- les garanties de procédure (art. 29 ss),
- les droits politiques (art. 34).

La deuxième source des droits fondamentaux se trouve dans le droit international public, à savoir principalement :

- la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; voir ci-après) ;
- les Pactes I et II des Nations Unies (voir ci-après).

La jurisprudence du Tribunal fédéral est également une source de droits fondamentaux. En effet, le TF est en effet arrivé à la conclusion qu'un certain nombre de droits étaient implicitement reconnus par la Constitution (droits constitutionnels non écrits) parce qu'ils constituent des éléments essentiels de l'ordre démocratique et juridique de la Suisse. Il a ainsi consacré, par voie prétorienne, divers droits constitutionnels non écrits, lesquels ont été par la suite formellement inscrits dans la Constitution, lors de révisions de celle-ci. Tel est le cas de :

- la garantie de la propriété, avant que ce droit ne soit reconnu par l'art. 22^{ter} aCst en 1969, devenu art. 26 Cst de 1999 ;
- la liberté de réunion et d'expression, avant d'être formellement consacrées aux art. 16 et 22 Cst ;
- la liberté personnelle, c'est-à-dire le droit à l'intégrité physique, à la liberté de mouvement et au libre choix du mode de vie, avant d'être formellement reconnue à l'art. 10 al. 2 Cst ;
- le droit à un minimum vital, qui est maintenant ancré à l'art. 12 Cst.

La quatrième source de droits constitutionnels est les constitutions cantonales. En effet, les constitutions cantonales contiennent, elles aussi, des droits constitutionnels pouvant offrir,

à l'occasion, une protection plus élevée que celle offerte par la Constitution fédérale et par les traités ratifiés. Les rapports entre droit constitutionnel cantonal et droit constitutionnel fédéral et international sont régis par le principe de primauté du droit fédéral et du droit international.

Après 4 ans de travaux de la Constituante, le peuple fribourgeois a accepté la nouvelle Constitution fribourgeoise, avec une majorité de 58,03 % de oui, le 16 mai 2004. La nouvelle constitution cantonale avait introduit notamment quelques nouveautés (depuis « rattrapées » au niveau fédéral), telles que :

- la liberté de choisir une autre forme de vie en commun que le mariage et le droit d'enregistrer un partenariat pour les couples de même sexe (art. 14) ;
- le droit de chaque femme à des prestations couvrant sa sécurité matérielle avant et après l'accouchement et l'établissement d'une assurance maternité (art. 33).

9.3 Les caractéristiques des droits constitutionnels

a. Des droits dirigés contre l'Etat

En principe, les droits constitutionnels ne permettent à l'individu de s'opposer qu'à une activité de l'Etat (effet vertical), et non pas à l'activité d'autres individus.

Mais, selon la théorie de l'effet civil (effet horizontal ou effet réflexe) des droits fondamentaux, les droits constitutionnels peuvent jouer un certain rôle dans les relations entre les particuliers.

Comment les droits fondamentaux trouvent-ils dès lors à s'appliquer dans les rapports de droit privé ?

- 1° Dans un premier temps, c'est au législateur qu'il incombe d'organiser les relations de droit privé dans l'esprit des droits fondamentaux.
- 2° Il appartient ensuite aux tribunaux d'interpréter les normes de droit privé d'une manière conforme aux droits fondamentaux.
- 3° Parfois, enfin, l'effet civil est inscrit dans la Constitution elle-même (art. 8 Cst : égalité).
A ce sujet, voir l'obligation générale imposée par l'art. 35 al. 3 Cst: "Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux."

b. Des droits négatifs

Les droits constitutionnels ne permettent en principe à l'individu que d'exiger une abstention – et non pas une prestation – de l'Etat. C'est en ce sens que l'on parle de « droits négatifs ».

Là encore, exceptionnellement, la Constitution permet d'exiger, dans certaines circonstances, une prestation positive de l'Etat : par exemple l'assistance judiciaire (art. 29 al. 3 nCst, 4 aCst) ; l'enseignement de base (art. 19 Cst) ; le droit au minimum vital (art. 12 Cst). Cela vaut également pour d'autres droits procéduraux (p. ex. art. 32 al. 2 Cst).

L'élément décisif est le critère de justiciabilité du droit fondamental, c'est-à-dire le fait pour le droit de pouvoir être concrétisé et imposé par une décision judiciaire. A l'échelon fédéral, le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire ont été institués pour assurer le respect des droits constitutionnels.

c. Les restrictions aux droits constitutionnels

Les droits constitutionnels ne sont pas absolus. Des restrictions à ces droits sont possibles à certaines conditions (art. 36 Cst) :

1° L'Etat (Confédération ou cantons) ne peut intervenir et restreindre un droit constitutionnel que si son intervention est prévue par une disposition légale (base légale ; art. 36 al. 1 Cst; cf. ég. art. 164 al. 1 let. b Cst), ce qui implique bien sûr qu'il ait la compétence constitutionnelle d'édicter du droit dans ce domaine.

Exceptionnellement, en l'absence d'une base légale, l'Etat peut, en cas de danger grave, effectif ou imminent, justifier son intervention par la « clause générale de police » (art. 36 al. 1 *in fine* Cst).

2° L'Etat ne peut intervenir que pour protéger un droit fondamental d'autrui ou pour un motif d'intérêt public, soit notamment pour maintenir l'ordre public. Les composantes de l'ordre public, pouvant justifier l'intervention de l'Etat sont notamment (mais pas exclusivement) :

- la sécurité publique (exemple : interdiction de la publicité le long des autoroutes) ;
- la tranquillité (exemple : limitations de police à des cortèges ou des manifestations publiques) ;
- la santé (exemple : restriction dans la vente de médicaments) ;
- la moralité (exemple : restriction dans la vente de certains périodiques) ;
- la bonne foi (exemple : mesures contre la publicité mensongère).

3° A chaque fois qu'il impose une restriction à un droit fondamental, l'Etat doit tenter de trouver et d'imposer la restriction la moins contraignante (la plus « libérale ») possible, c'est-à-dire celle qui porte le moins atteinte à la liberté. En outre, la mesure restrictive doit être adaptée au but visé (« adéquation de la mesure »). Il s'agit là d'obligations imposées par le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst).

Le principe de proportionnalité est constitué de trois "sous-principes": le principe dit d'adéquation, celui dit de nécessité et, enfin, celui dit de proportionnalité au sens étroit, qui doivent tous être vérifiés pour que le principe de proportionnalité soit respecté.

4° Enfin, l'intervention étatique ne doit pas vider la liberté de sa substance. C'est ce qu'impose l'art. 36 al. 4 en soulignant que « l'essence des droits fondamentaux est inviolable ». Ainsi, une mesure étatique, même adéquate, ne peut pas supprimer le principe ou l'idée même de la liberté économique ou de la propriété privée (p. ex. les mesures dites "confiscatrices").

d. Les titulaires des droits constitutionnels

En principe, la majeure partie des droits constitutionnels est garantie à toute personne, quelle que soit sa nationalité.

Par contre, dans certains cas particuliers, la titularité de la nationalité suisse reste exigée pour l'exercice de certains droits tels que la liberté d'établissement (art. 24 al. 1), les droits politiques (art. 34) ou la protection contre l'expulsion des nationaux (art. 25 al. 1). Dans certains cas, des traités internationaux (comme les Accords bilatéraux) ont néanmoins pu étendre ce privilège à des non-ressortissants suisses.

9.4. Quelques droits constitutionnels

a. Les droits sociaux

La Suisse ne reconnaît que peu de droits sociaux comme droits fondamentaux, en comparaison internationale. Parmi les droits sociaux garantis en Suisse, on peut citer: le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12) et la liberté syndicale (art. 28).

Le Tribunal fédéral avait reconnu que le droit au minimum vital est un droit constitutionnel non écrit – et non seulement une composante de la dignité humaine – (ATF 121 I 367 = JdT 1997 I 278), car il constitue une condition essentielle à l'existence et l'épanouissement de l'homme, ainsi qu'un élément indispensable de l'ordre démocratique fédéral fondé sur le droit. Ce droit a ensuite été expressément ancré à l'art. 12 Cst., sous la désignation plus restrictive de droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse.

Une fois reconnu comme un droit constitutionnel, le droit au minimum vital a permis aux particuliers d'exiger une prestation de l'Etat (et non seulement d'exiger une abstention de l'Etat). Le particulier peut donc, si la prestation de l'Etat est insuffisante et que son minimum vital n'est pas garanti, invoquer ce droit constitutionnel dans un recours constitutionnel subsidiaire. Il apparaît ainsi que les droits sociaux peuvent impliquer souvent (mais pas toujours : cf. la liberté syndicale ; art. 28 Cst) le droit à une prestation positive de l'Etat.

b. Le droit à l'égalité de traitement

L'art. 8 al. 1 Cst garantit tout d'abord l'égalité dans la loi, laquelle s'adresse au législateur lui-même, lui interdisant de faire des distinctions qui ne reposent pas sur un motif objectif et pertinent. L'alinéa 1 garantit également l'égalité devant la loi, c'est-à-dire dans l'application des dispositions légales à un cas concret.

Il faut remarquer que l'obligation du législateur de respecter le principe de l'égalité n'a pas de sanction pour ce qui est des lois fédérales, du fait de leur immunité.

Une décision ou un acte étatique viole le droit à l'égalité de traitement :

- lorsqu'il distingue ce qui devrait être assimilé (interdiction des distinctions insoutenables) ;
- lorsqu'il assimile ce qui devrait être distingué (interdiction des assimilations insoutenables).

A noter cependant que les « revirements de jurisprudence » sont possibles et qu'il n'y a en principe pas de droit à l'égalité dans l'illégalité.

Le principe de l'égalité entre hommes et femmes a été inscrit dans la Constitution fédérale à l'art. 8 al. 3 Cst, en complément du principe général de l'égalité de traitement garanti aux al. 1 et 2 Cst.

La mise en application de ce principe ne va pas sans difficulté, en particulier lorsqu'il s'agit de garantir l'égalité du salaire. Une loi fédérale a été adoptée par le Parlement sur ce sujet pour tenter de mieux concrétiser le droit fondamental : la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).

c. Les garanties de procédure

Les art. 29, 29a, 30 et 32 Cst comportent diverses garanties de procédure, à savoir :

- le droit à obtenir une réponse ou un jugement dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 in fine Cst) ;
- le droit d'être traité sans formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst). Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure par l'autorité ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux ;
- le droit à être traité par une autorité indépendante et régulièrement composée (art. 30 Cst). L'autorité ne doit pas violer les dispositions de procédure et d'organisation judiciaire destinées notamment à garantir l'impartialité de l'autorité et sa composition régulière ;
- le droit d'être entendu par l'organe saisi dans des conditions régulières (art. 29 al. 2 Cst) ;
- le droit de recevoir l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 Cst). Une partie doit pouvoir de se défendre convenablement, même en l'absence de moyens.

Lorsqu'une décision violait l'une des garanties susmentionnées, c'est-à-dire lorsque la décision était entachée d'un sérieux vice de procédure, la jurisprudence rendue sous l'empire de la Constitution de 1874 qualifiait cette violation de « déni de justice formel ». Avec l'entrée en vigueur de la Constitution du 18 avril 1999, cette notion devrait disparaître petit à petit du vocabulaire.

d. L'interdiction de l'arbitraire

Selon l'art. 9 Cst, « toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi ». Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité.

La jurisprudence rendue sous l'empire de la Constitution de 1874 entendait par « déni de justice matériel » toute décision qui heurtait gravement l'équité, parce qu'elle violait la norme applicable de manière grossière et manifeste. Suite à l'entrée en vigueur de l'art. 9 Cst, cette notion devrait également petit à petit disparaître.

9.5 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. *Problèmes particuliers*

- 1° Si un justiciable est d'avis que la CEDH lui offre une protection plus étendue que la Constitution de son canton ou que la Constitution fédérale, peut-il invoquer la CEDH lorsqu'il comparaît devant le Tribunal de l'arrondissement de la Sarine ?
- 2° Le Tribunal fédéral a reconnu le droit au minimum vital comme droit constitutionnel non écrit ; ce droit a ensuite été intégré à la nouvelle Constitution (art. 12 Cst) sous le nom de « droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse » ; s'étend-il au droit au logement et au droit au travail ?

b. *Exercices*

Une employée de la société Entreprise SA ne comprend pas pourquoi son salaire est inférieur à celui de son collègue de travail qui occupe le même poste dans Entreprise SA. Elle vous prie de rédiger une demande en justice dans le but d'obtenir un salaire égal à celui de son collègue puisque l'égalité de traitement est, paraît-il, garantie en Suisse.

§ 10 LA CONSTITUTION ECONOMIQUE DE LA SUISSE

Textes législatifs : Art. 26, 27 et 94 ss Cst.

Bibliographie : R. RHINOW, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2011 ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 ; E. GRISEL, Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse, vol. I : Partie générale, Berne 1994, vol. II : Partie spéciale, Berne 1995.

10.1 La Constitution de 1848

En 1848, la liberté du commerce et de l'industrie (LCI) n'était garantie que parfois, dans les constitutions cantonales. La Constitution fédérale n'en faisait pas mention, mais comprenait un art. 29 qui garantissait la libre circulation des biens et des services et qui avait pour but de créer un marché commun suisse.

10.2 La Constitution de 1874

La liberté du commerce et de l'industrie a par la suite été introduite, en 1874, dans la Constitution fédérale. Il n'est alors fait état que des mesures de police pour la limiter.

En 1947, avec l'adoption des « articles économiques », on a précisé les conditions auxquelles l'Etat peut prendre des mesures de politique économique.

A la suite de l'importante révision adoptée en 1947, (qualifiée parfois de « petite révision totale » de la Constitution), ainsi que des nombreuses modifications partielles introduites depuis lors, la Constitution de 1874 contenait une véritable Constitution économique de la Suisse, à savoir « *l'ensemble des normes constitutionnelles qui règlent, dans les grandes lignes, le rapport entre l'Etat et l'économie, c'est-à-*

dire qui ont pour objet les préalables étatiques fondamentaux et conditions-cadre appropriées à la micro-et à la macro-économie » (RHINOW, ad art. 31, n° 4). Elle comprenait notamment :

- l'art. 31 aCst qui garantissait la liberté du commerce et de l'industrie (liberté économique) ;
- Les dispositions qui règlent la compétence de la Confédération de limiter la liberté économique : 31^{bis} al. 2 (normes fédérales et mesures en faveur de certaines branches ou professions) ; 31^{bis} al. 3 (politique économique de la Confédération dans des secteurs déterminés) ; 31^{quater} (banques) ; 31^{quinquies} (politique conjoncturelle) ; 31^{sexies} (protection des consommateurs) ; 31^{septies} (surveillance des prix) ; 33 (professions libérales) ; 38 (monnaie) aCst.
- Les dispositions qui, sans avoir des buts économiques, ont des implications économiques : 22^{ter} et 22^{quater} (aménagement du territoire) ; 23 (travaux publics) ; 23^{bis} (blé) ; 24^{bis} (régime des eaux) ; 24^{ter} (navigation fluviale et maritime) ; 24^{quater} (électricité) ; 24^{quinquies} (énergie atomique) ; 24^{septies} (protection de l'environnement) ; 24^{octies} (politique de l'énergie) ; 25 (pêche et chasse) ; 26 (chemins de fer) ; 27^{ter} (cinéma) ; 28, 29 et 30 (droits de douane) ; 31^{ter} (cafés et restaurants) ; 32^{bis} (boissons distillées) ; 32^{ter} al. 3 (boissons contenant de l'absinthe) ; 32^{quater} (auberges et commerce de spiritueux) ; 34 al. 2 (agences d'émigration et entreprises d'assurances) ; 34^{sexies} (construction de logements) ; 34^{septies} (protection des locataires) ; 35 (maisons de jeu) ; 36 (postes et télégraphes) ; 37^{bis} (automobiles et cycles) ; 37^{ter} (navigation aérienne) ; 41 (poudre de guerre et armes) ; 55^{bis} (radio et télévision) ; 64 (droit civil) ; 69 (lutte contre les maladies) ; 69^{bis} (commerce des denrées alimentaires) ; 69^{ter} (entrée, séjour et établissement des étrangers) aCst.

Le résultat en était un système complexe, dont la clarté n'était pas la principale qualité. Le terrain était évidemment propice à l'affrontement des idées en particulier sur deux thèmes :

- la portée et la fonction de la liberté économique ;
- la légitimité de la politique économique.

En 1992, la Suisse a refusé d'adhérer à l'Espace Economique Européen (EEE). En 1994, la Suisse a ratifié les accords du GATT/OMC et a entamé les négociations portant sur la conclusion d'accords bilatéraux avec l'Union européenne. Ces accords ont été conclus en deux vagues, en 1999 et en 2004. Ils portent en grande partie sur des questions d'économie et d'accès au marché intérieur européen.

Par ailleurs, en 1995/1996 sont entrées en vigueur deux lois fédérales importantes, dans le cadre du paquet dit "SwissLex", qui reprenait en grande partie le paquet "EuroLex" abandonné suite au rejet de l'EEE par le peuple :

- la nouvelle loi fédérale sur les cartels et autres entraves à la concurrence (LCart. ; révisée à nouveau en 2004) ;
- la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

10.3 La Constitution de 1999

Le 1^{er} janvier 2000 est entrée en vigueur la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999.

La Constitution de 1999 a mis un peu d'ordre dans les normes économiques de la Constitution. Désormais, les dispositions de la constitution économique figurent :

- aux art. 26 et 27 : garantie de la propriété et liberté économique, parmi les droits fondamentaux. Il en sera question en détail ci-après (§11 et 12) ;
- aux art. 94 à 107 (section 7) : la liste des dispositions strictement économiques (concurrence, consommation, banques et assurances, politique monétaire, politique conjoncturelle, politique structurelle, agriculture, politique économique extérieure, jeux de hasard, ...), qui permettent, schématiquement, au législateur fédéral de restreindre les droits fondamentaux précités ;

- dans différentes autres sections. On trouve en effet dans d'autres sections de la Constitution des dispositions ne touchant qu'indirectement l'économie (aménagement du territoire, politique énergétique, radio et télévision, transports, travaux publics, travail, assurances sociales, ...).

Même si l'on considère généralement que l'on ne peut pas tirer de la Constitution une volonté d'instituer un régime de libre concurrence, il semble pourtant que le législateur et les autorités fédérales ont récemment montré leur volonté :

- de faciliter les échanges économiques internes et avec l'extérieur (GATT, loi sur le marché intérieur ; Accords bilatéraux) ;
- de favoriser la concurrence (loi sur les cartels, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, loi sur les marchés publics, volets « concurrence » des accords internationaux).

NB : Rappelons qu'en application de l'art. 3 Cst, les cantons restent en principe compétents en matière de droit public (qui comprend les mesures de police et notamment de police du commerce !) aussi longtemps que la Confédération ne s'est pas vue attribuer (dans la Constitution) la compétence d'intervenir.

10.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

§ 11 LA GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ

Textes législatifs : art. 26 Cst.

Bibliographie : G. MÜLLER, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle / Zurich / Berne 1987, ad art. 22^{ter} ; A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, p. 363 ss ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001.

11.1 La notion

a. *La définition et la base constitutionnelle*

En droit suisse la propriété est garantie par l'art. 26 Cst. Cela signifie que l'Etat ne peut restreindre le droit de propriété d'un particulier ou l'« exproprier » que pour des motifs d'intérêt public suffisants et uniquement selon une procédure déterminée, prévue par une loi (procédure d'expropriation).

La Constitution précise encore qu'en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété équivalant à une expropriation, une « pleine indemnité » est due (art. 26 al. 2 ; « juste indemnité », selon l'art. 22^{ter} al. 3 aCst).

NB: il existe des cas d'expropriations fédérales et des cas d'expropriations cantonales. Les cantons prévoient donc aussi, dans leur constitution et leur législation, des règles pour les expropriations qui relèvent de leur compétence.

b. Les droits protégés

La Constitution protège tous les droits patrimoniaux, c'est-à-dire notamment le droit de propriété (mobilière ou immobilière), les autres droits réels (servitudes et gages) et les créances. Il s'agit donc d'une conception et d'une interprétation larges du mot propriété.

A noter que le droit constitutionnel fédéral entend non seulement protéger les particuliers dans leur droit propre, mais également assurer l'existence même de l'institution qu'est le droit de propriété (« noyau dur »). Dès lors, même si une atteinte étatique à la propriété pouvait être imposée à un particulier parce qu'elle est suffisamment justifiée et dûment indemnisée, elle n'en serait pas moins inconstitutionnelle dans le cas où elle atteindrait et ruinerait l'existence même du droit de propriété en tant que tel (par exemple : une nationalisation). Il s'agit du principe de l'intangibilité de l'institution de propriété elle-même (interdiction des mesures dites « confiscatrices »).

c. Les titulaires

Les titulaires de la garantie sont les titulaires du ou des droits patrimoniaux protégés. A cet égard, peu importe, en principe, la nationalité du titulaire.

11.2 Les restrictions à la garantie de la propriété

Comme les autres droits constitutionnels, la garantie de la propriété doit néanmoins pouvoir être restreinte dans certaines circonstances (sous réserve bien sûr de l'intangibilité de l'institution elle-même : « noyau dur »). Pour qu'une telle restriction puisse être admise, la Constitution impose trois conditions (cp. avec art. 36 Cst !!). La restriction doit :

- être fondée sur une base légale : autrement dit, la procédure d'expropriation doit être prévue par une loi ;
- répondre à un intérêt public : l'expropriation (formelle ou matérielle) ne peut être admise que pour des motifs d'intérêts publics qui soient suffisants ;
- donner lieu à une indemnisation : une indemnité est due tant en cas d'expropriation formelle qu'en cas d'expropriation matérielle.

L'expropriation est dite formelle lorsqu'il s'agit de l'expropriation proprement dite du droit ; elle est dite matérielle lorsque la restriction du droit équivalait matériellement (c'est-à-dire dans les faits) à une expropriation.

A noter toutefois que des restrictions justifiées par des mesures de police au sens strict du terme ne donnent pas droit à une indemnité. De plus, une indemnité n'est due que si la restriction apportée cause une atteinte suffisamment grave à la propriété.

11.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Une commune souhaite modifier son plan d'aménagement local. Des parcelles de terrain qui étaient situées en zone à bâtir doivent passer en zone verte. Les propriétaires de ces parcelles doivent-ils être indemnisés ?

b. Exercices

Vous êtes propriétaire d'un chalet en montagne. La Commune vous notifie une décision selon laquelle aucune modification ne pourra plus être apportée à ce chalet, ni aucune construction érigée sur la parcelle voisine, en raison des risques de glissements de terrain identifiés à cet endroit. Quid ?

§ 12. LA LIBERTE ECONOMIQUE

Textes législatifs : Art. 27 ss Cst.

Bibliographie : Cf. §§ 10 et 11.

12.1 La notion

a. La définition

La liberté économique (appelée anciennement "liberté du commerce et de l'industrie", LCI) est le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative privée, autrement dit de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain.

Trois éléments de cette définition sont à mettre en évidence :

- une activité économique, par opposition à une activité à but idéal (les associations à but idéal ne sont donc en principe pas protégées) ;
- une activité lucrative : le consommateur n'est donc pas titulaire de cette liberté ;
- une activité privée : l'activité publique est aussi soustraite à l'art. 27 Cst.

L'art. 27 al. 2 Cst précise que la liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

L'art. 95 al. 1 Cst donne cependant la compétence à la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

b. *Bref rappel de l'évolution de la conception de la liberté du commerce et de l'industrie (LCI)*

Il n'était pas fait mention de la LCI dans la Constitution fédérale de 1848 ; elle était néanmoins garantie à l'échelon cantonal. La LCI apparaît dans la Constitution fédérale de 1874, où l'on ne fait état que des mesures de police qui peuvent la limiter. Ce n'est que dans la modification de 1947 (adoption des « articles économiques ») que l'on précise les conditions auxquelles l'Etat peut prendre des mesures de politique économique. Enfin, l'art. 31^{quinquies} (articles conjoncturel), adopté en 1978 et devenu art. 100 Cst, et l'art. 31^{septies} (surveillance des prix), adopté en 1982 et devenu art 96 al. 2 Cst, ont attribué des compétences importantes à la Confédération en matière d'intervention économique de l'Etat. Le nouvel art. 103 Cst (politique structurelle) précise aussi que la Confédération peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique lorsqu'une intervention étatique structurelle s'avère nécessaire.

c. *La portée de la liberté économique : les trois « fonctions » de la liberté économique*

La liberté économique est un droit constitutionnel, ce qui signifie :

- que les particuliers (fonction dite « individuelle » du droit) peuvent s'en prévaloir en justice contre les dispositions légales ou les décisions étatiques fondées sur des dispositions légales contraires au principe (à l'exception des lois fédérales, des arrêtés fédéraux de portée générale et des traités internationaux) ;
- que les limitations à la liberté économique doivent respecter les conditions habituelles auxquelles sont soumises toutes restrictions des droits fondamentaux, telles que fixées à l'art. 36 Cst : base légale, intérêt public, proportionnalité, mais aussi et surtout l'intangibilité de l'institution elle-même (« noyau dur de la liberté économique » : fonction dite « institutionnelle » du droit) ; il s'agit de garantir que le système économique suisse reste un système fondé sur le principe de la libre entreprise et de la concurrence ; cf. art. 94 al. 1 Cst);
- que la liberté économique garantit le choix de l'activité économique : cela signifie, en pratique, que chaque être humain peut, pour se procurer un revenu, mettre en valeur ses ressources matérielles, ses capacités intellectuelles ou manuelles.

Dans ce cadre, la liberté économique garantit aussi l'exercice de l'activité économique sur tout le territoire de la Confédération, indépendamment du canton de domicile ou d'origine. En vertu de l'art. 95 al. 2 Cst, la Confédération « *veille à créer un espace économique suisse unique* » et « *garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse* » ; il s'agit de la fonction dite « fédérative » de la liberté. La liberté économique est un droit opposable à l'Etat, dans la mesure où il a été conçu comme une « barrière » au pouvoir de l'Etat et à ses éventuelles interventions disproportionnées ou inadéquates dans l'économie et sur les marchés, y compris le "protectionnisme" intercantonal ou intercommunal.

d. Les titulaires

Les titulaires de la liberté économique sont :

- toutes les personnes physiques exerçant ou souhaitant exercer une activité lucrative privée, à savoir :
 - les indépendants (entrepreneurs, commerçants, industriels et professions libérales), mais aussi les salariés et employés (libre choix de la place de travail ; droit de se plaindre que la législation cantonale restreint leurs droits dans l'exercice de certaines professions [p. ex. ATF 123 I 312] ; droit d'exiger un certificat de travail) ;
 - les Suisses, mais aussi les étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement (ATF 116 Ia 237 = JdT 1992 I 23 ; ATF 119 Ia 35 = JdT 1992 I 23), et, sous certaines conditions, les étrangers au bénéfice d'une autorisation de séjour (ATF 123 I 212) ; les traités internationaux (Accords bilatéraux p. ex.) sont bien sûr réservés ;
- les personnes morales (sociétés) produisant et réalisant des gains (soit celles qui ont un but lucratif et non celles qui ont un but idéal).

12.2 Les restrictions à la liberté économique

Outre les quatre conditions générales (cf. art. 36 Cst) que l'Etat doit impérativement respecter pour restreindre un droit constitutionnel comme la liberté économique, les types de restrictions que l'Etat (cantons et Confédération) peut apporter à cette liberté fondamentale sont de deux ordres : ce sont, d'une part, les mesures de police et, d'autre part, les mesures de politique économique.

a. Les mesures de police

Les mesures de police sont de même nature que les mesures fondées sur l'ordre public permettant de limiter les droits constitutionnels et ont principalement pour but de protéger le public. A ce titre, les cantons – ou la Confédération si la compétence lui en a été attribuée dans la Constitution – sont en droit de limiter :

- Le choix d'une activité économique, en imposant par exemple, pour certaines professions, des autorisations (conditions personnelles) ou un certificat de capacité professionnelle (conditions de formation).
- L'exercice d'une activité économique : par exemple la durée du travail, ou encore la vente d'armes ou de médicaments.

Les mesures de politique sociale (durée du travail, p. ex.) ont été assimilées à des mesures de police pouvant entraîner des restrictions admissibles à la liberté économique (cf. ATF 97 I 499).

A noter que les mesures de police économique ne peuvent pas déroger à la liberté économique (sur la distinction entre mesures de politique économique et mesures de police économique, cf. ATF 110 Ia 99 ; 112 Ia 222 = JdT 1988 I 50).

b. Les mesures de politique économique

Alors que les mesures de police ont pour but de protéger le public, les mesures de politique économique visent la prospérité générale ou la protection de certains concurrents. Dès lors, les mesures de politique économique sont, par essence, contraires à la liberté économique et au libre jeu de la concurrence qu'elle garantit.

Toutefois, tout en respectant le principe de la liberté économique, la Confédération est autorisée par quelques dispositions constitutionnelles à prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques professions (p. ex. art. 103 Cst).

Mais elle peut également, lorsque la Constitution l'y autorise expressément, prendre, dans ces cas-là, des mesures de politique économique en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté économique (art. 103 *in fine* Cst).

c. Les monopoles étatiques

Par définition, un monopole étatique sur une activité lucrative privée est une atteinte grave à la liberté économique. Comme telle, il doit bien sûr respecter les conditions strictes posées à toutes restrictions étatiques à un droit fondamental (base légale, proportionnalité, intérêt public, respect du noyau dur de la liberté).

Dès 1947, l'Etat fédéral s'est réservé exclusivement le droit d'exercer certaines activités économiques. De plus en plus de voix s'élèvent pour contester la légitimité économique, voire juridique de ces monopoles.

Les monopoles cantonaux sont réservés par la Constitution fédérale (art. 94 al. 4 Cst ; « régales cantonales »).

12.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

La liberté économique garantit-elle la libre circulation des marchandises en Suisse ?

b. Exercices

Me Notter a été avocat à Appenzell pendant plusieurs années. Récemment, il a sollicité une autorisation pour exercer en tant que notaire dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures (AI). Selon la réglementation appenzelloise AI, le gouvernement peut autoriser les personnes habitant le demi-canton d'AI à pratiquer l'authentification publique d'actes juridiques établis dans ce demi-canton si elles ont obtenu le brevet d'avocat dans le demi-canton.

Le Conseil d'Etat a rejeté la requête de Me Notter au motif que ce dernier n'est pas domicilié dans le demi-canton d'AI et ne remplit donc pas les conditions légales.

Que pensez-vous de cette décision ? (cf. ATF 128 I 280 = JdT 2004 I 2, ci-dessous)

Chapitre 2

Quelques lois de droit public économique

§ 13. LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Textes législatifs : Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 251) ; Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) ; Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) ; Loi fédérale sur la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20).

Bibliographie : C. BOVET / P. TERCIER, Commentaire Romand du droit de la concurrence, Bâle 2013 ; R. VON BÜREN / L. DAVID, Wettbewerbsrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. V72, Bâle 2000 ; E. MARTIN-ACHARD, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988 ; M. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, Berne 1992 ; M. AMSTUTZ et AL., Kartellgesetz, Basler Kommentar, Helbing et Lichtenhahn, Bâle 2010 ; R. ZÄCH (éd.), Schweizerisches Kartellrecht: Revision und Praxis, Zurich 2002 ; C. MEIER-SCHATZ (éd.), Das neue Kartellgesetz, Erste Erfahrungen in der Praxis, Berne 1998 ; W. STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997 : les premières expériences avec la nouvelle LCart, RSDA 1997, p. 249 ss ; HOMBURGER / SCHMIDHAUSER / HOFFET / DUCREY, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1997 ; D. DREYER / B. DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur, Bâle 2003.

13.1 La notion

a. La définition

Le droit de la concurrence, au sens large, comprend l'ensemble des règles de droit édictées en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché et de faire obstacle aux actes de concurrence déloyale.

La base constitutionnelle fondant la législation sur la concurrence se trouve à l'article 96 Cst. Il s'agit essentiellement de droit fédéral, en raison de l'attribution expresse faite par cette disposition constitutionnelle à la Confédération.

b. La nature

On se rappelle que la liberté économique est un droit constitutionnel opposable à l'Etat et garantissant le libre exercice d'une activité économique. Toutefois, les acteurs économiques, titulaires de ce droit constitutionnel, ont également la faculté d'organiser librement leurs relations contractuelles et les marchés sur lesquels ils sont actifs. Il en résulte le risque de voir ces acteurs économiques passer des accords tendant à limiter la concurrence ou encore à entraver l'activité économique d'autres parties présentes sur le

marché, voire à empêcher l'accès au marché de nouveaux acteurs économiques. De tels comportements porteraient atteinte au bon fonctionnement du marché et à la concurrence effective.

Rappel : Pour éviter de tels comportements ou pour préserver le bon fonctionnement du marché, l'Etat intervient au moyen de deux types de mesures :

- les mesures de police : lorsqu'il veut préserver l'intérêt public ou l'une des composantes de l'ordre public, l'Etat (fédéral ou cantonal) édicte des mesures de police. Dans le domaine économique, ces mesures tendent à garantir la bonne foi dans les affaires et à lutter contre l'usage de procédés déloyaux ;
- les mesures de politique économique : l'Etat peut également intervenir de diverses autres manières dans l'activité économique du pays (à condition bien sûr d'y avoir été autorisé par la Constitution : cf. ci-dessus, les restrictions à la liberté économique). Les principales interventions étatiques sont les suivantes :
 - la constitution d'un monopole : l'Etat devient acteur économique et gère certains secteurs dans lesquels il existe un monopole (de fait ou de droit, cf. par exemple : la Poste à l'échelon fédéral ou l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments à l'échelon cantonal, à Fribourg) ;
 - la politique conjoncturelle : l'Etat intervient dans certaines circonstances, afin de contribuer à un développement équilibré de l'économie (investissements sectoriels ; crédits préférentiels ; contrôle des prix) ;
 - la politique structurelle : l'Etat organise lui-même certaines industries ou activités économiques qu'il juge essentielles pour l'indépendance du pays; il apporte aussi des subventions et aide certaines branches économiques qu'il entend protéger et soutenir ;
 - la politique de concurrence, enfin, est aussi un élément de la politique économique du pays.

c. Les buts de la politique de concurrence

L'Etat doit favoriser la concurrence dans tous les secteurs et toutes les activités économiques d'un pays. Pour cela, il doit, d'une part, veiller à ce que les particuliers n'empêchent ni n'entravent eux-mêmes de manière excessive l'exercice de la concurrence et, d'autre part, veiller à ce que lui-même n'empêche, n'entrave ni ne fausse la concurrence par ses propres activités économiques ou par les lois qu'il adopte.

Dès lors, les objectifs de la politique de concurrence doivent être de :

- favoriser l'établissement et l'existence du marché ;
- favoriser l'accès au marché ;
- veiller à ce que le fonctionnement du marché ne soit pas faussé par des aides étatiques ;
- veiller au respect de la concurrence par l'Etat lorsqu'il est acteur économique (entreprises étatiques, marché publics), sauf situations exceptionnelles ;
- garantir l'existence d'une concurrence efficace sur le marché ;
- empêcher la constitution de positions dominantes sur le marché, ou, au moins, l'abus de ces positions dominantes ;
- s'opposer à la concurrence déloyale.

NB : la concurrence vise à assurer l'efficacité des mécanismes économiques. Elle n'est donc pas une fin en soi, mais un instrument permettant d'atteindre cette efficacité.

d. Les domaines du droit de la concurrence

En raison de sa définition et de ses objectifs très larges, le droit de la concurrence a un champ d'application également très important. Les cas d'application essentiels sont :

- les accords entre entreprises et ententes (cartels) ;
- les abus de positions dominantes ;
- les abus en matière de prix ;
- l'usage de procédés commerciaux déloyaux, tels que la tromperie des consommateurs, le dénigrement des concurrents ou de leurs produits, l'entrave à la liberté de décision de la clientèle, les comparaisons fallacieuses, l'incitation illicite à violer ou à rompre un contrat, etc. ;
- les entraves à la libre circulation des personnes et des marchandises au sein du marché intérieur et le protectionnisme, notamment cantonal, voire communal.

Pour régler l'ensemble de ces questions, le législateur fédéral a notamment édicté les textes suivants :

- la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD) ;
- la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart) ;
- la loi sur la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (LSPr) ;
- la loi sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (LETC) ;
- la loi sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI) ;
- la loi sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP).

NB : Il existe aussi des accords internationaux relatifs au droit de la concurrence : voir, par exemple, l'Accord sur l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1995 ; ou aussi, les Accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union européenne, qui ont des effets en matière de concurrence.

13.2 La loi contre la concurrence déloyale (LCD)

a. Le champ d'application

i. Champ d'application personnel

La LCD (RS 241) s'applique d'abord aux concurrents, soit aux personnes qui exercent une activité économique.

Le Tribunal fédéral a toutefois élargi son champ d'application, en considérant qu'il n'était pas nécessaire d'être concurrent ni même d'être en rapport de concurrence avec la victime du comportement déloyal : dès lors, la LCD peut également s'appliquer à des tiers influençant les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (cf. ATF 117 IV 193 = JdT 1992 I 378 : pour le cas d'un journaliste).

ii. *Champ d'application matériel*

Le champ d'application matériel est vérifié lorsqu'il y a un comportement qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (cp. art. 2 LCD).

b. *L'objet*

La LCD tend à garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD). Elle veille à ce que, dans l'exercice de la concurrence, les concurrents ne dépassent pas certaines limites et à ce que les effets (positifs) attendus de la concurrence puissent se produire.

La LCD définit d'abord de manière générale le comportement illicite : « *est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients* » (art. 2 : « Clause générale »).

En complément de la clause générale de l'art. 2, la loi donne une liste exemplative (et non exhaustive !) de comportements contraires aux règles de la bonne foi et déloyaux. Il s'agit de :

- l'art. 3 : méthodes déloyales de publicité et de vente ;
- l'art. 4 : incitation à violer ou résilier un contrat ;
- l'art. 4a : corruption active ou passive ;
- l'art. 5 : exploitation d'une prestation d'autrui ;
- l'art. 6 : violation des secrets de fabrication ;
- l'art. 7 : inobservation des conditions de travail ;
- l'art. 8 : utilisation de conditions commerciales abusives.

Les art. 3, 4, 4a et 5 LCD donnent, à leur tour, chacun une liste descriptive et exemplative de comportements illicites.

c. *Les sanctions*

Pour assurer son application et sanctionner la violation de ses dispositions, la LCD prévoit de nombreuses règles parmi lesquelles :

- des règles de droit civil (art. 9, 10, 11 et 13a LCD), permettant à la victime de comportements déloyaux et illicites d'agir devant la justice pour défendre ses droits et faire réparer son éventuel préjudice ;
- des règles de droit administratif (art. 16 à 22), précisant les obligations des acteurs économiques dans certaines circonstances, notamment en matière de prix ;
- des règles de droit pénal (art. 23 à 27), prévoyant des poursuites pénales, sur plainte ou d'office, en cas d'infraction à certaines des dispositions de la LCD.

13.3 La loi sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence (LCart)

a. *Le champ d'application*

La LCart (RS 251) s'applique « *aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises* » (art. 2 al. 1 LCart).

i. Champ d'application personnel

Il en résulte qu'elle s'applique, quant aux personnes, aux entreprises uniquement, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, mais pas aux consommateurs ni aux travailleurs. L'art. 2 al. 1bis LCart précise que la loi vise toute « entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique ».

ii. Champ d'application matériel

Quant aux comportements, la LCart s'applique:

- aux accords en matière de concurrence, avec ou sans force obligatoire, qu'ils soient verticaux ou horizontaux ;
- aux entreprises dominant le marché, à condition qu'il y ait abus de cette position dominante ;
- aux concentrations d'entreprises (fusions ou prises de contrôle).

NB : La définition légale de ces termes est donnée à l'art. 4 LCart.

iii. Champ d'application géographique

Géographiquement, la LCart s'applique à tous les états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart).

b. *L'objet*

La LCart a pour but « *d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions de la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral* » (art. 1^{er} LCart).

D'un point de vue matériel:

- les ententes (accords) sont traitées aux art. 5 et 6 LCart:
"Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites" (art. 5 al. 1 LCart).
La loi prévoit toutefois que des accords peuvent être justifiés, au cas par cas, pour des motifs d'efficacité économiques (art. 5 al. 2 LCart). En outre, certaines *catégories*

d'accords peuvent être autorisées par voie d'ordonnances ou de communications pour des motifs d'efficacité économique (art. 6 LCart).

En revanche, l'al. 3 de l'art. 5 instaure aussi *une présomption d'illicéité* pour certains types d'accords verticaux.

- Les positions dominantes, aux art. 7 et 8 LCart:
"Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux" (art. 7 al. 1 LCart).
Le législateur énumère même un certain nombre de cas dans lesquels les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites (art. 7 al. 2 LCart): dans ces cas, il y a présomption d'illicéité, et il incombe à l'entreprise concernée de prouver le contraire.
- Dans des cas tout à fait exceptionnels, le Conseil fédéral peut, à la demande des entreprises concernées, autoriser les pratiques en cause (art. 7) ou les accords en cause (art. 5) s'ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart).
- Les concentrations, aux art. 9 à 11 LCart: l'art. 9 al. 1 prévoit une obligation de notifier à la Commission de la concurrence (ci-après ComCo), préalablement à leur réalisation, toute opération de concentration dépassant certains seuils minimaux; l'art. 10 al. 1 prévoit que les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la ComCo lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante. La ComCo peut alors interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart).

c. La sanction

La LCart prévoit également, pour assurer son application correcte et son respect :

- des règles de droit civil (art. 12, 13 et 15), permettant à la personne entravée dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci par une restriction illicite à la concurrence d'ouvrir action contre l'auteur de cette restriction ;
- des règles de droit administratif (art. 18 à 53), instituant une autorité administrative compétente en la matière (la Commission de concurrence ; ComCo) et lui attribuant diverses compétences, y compris de sanctions administratives (art. 49a à 53 LCart), que la ComCo exerce selon des règles de procédure définies ;
- des règles de droit pénal (art. 54 à 57), prévoyant des poursuites pénales pour certaines violations de la loi.

L'instrument le plus efficace et le plus dissuasif mis en place par la loi est l'amende prévue à l'art. 49a LCart :

"L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois

derniers exercices. L'art. 9, al. 3, est applicable par analogie. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant."

Pour accompagner l'introduction de ces sanctions, le législateur aussi prévu un *programme de clémence* devrait inciter les entreprises membres d'un cartel illicite à en dénoncer l'existence aux autorités et à coopérer à son démantèlement afin de profiter d'une réduction d'amende (art. 49a al. 2 LCart), ainsi que *quelques mesures d'enquête et d'accompagnements* (p. ex.: une clarification des conditions permettant d'effectuer des perquisitions ; art. 42 LCart).

d. Révision de la LCart

Le Conseil fédéral a adopté le 22 février 2012 et soumis à l'approbation des Chambres fédérales un message concernant la révision de la LCart (FF 2012 p. 3631 ; la loi a été publiée aux p. 3713 ss). Ce projet a été rejeté par l'Assemblée fédérale le 17 septembre 2014, suite à la décision du Conseil national de ne pas entrer en matière sur le projet.

L'art. 42b LCart, traitant de la communication de données à une autorité étrangère en matière de concurrence, a été introduit dans la loi suite à l'Accord entre la Suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence ; il est en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2014 (RO 2014 3711 ; FF 2013 3477).

13.4 La loi sur la surveillance des prix (LSPr)

a. Le champ d'application

Quant aux personnes, la LSPr (RS 942.20) s'appliquent [aux entreprise parties] aux accords en matière de concurrence au sens de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé (art. 2 LSPr).

Quant à la matière, la LSPr s'applique aux prix des marchandises et des services y compris ceux des crédits (sauf pour la BNS), mais pas à la rémunération du travail (art. 1^{er} LSPr).

b. L'objet

La LSPr institue un Préposé à la surveillance des prix (le Surveillant des Prix ; art. 3 ss), qui a notamment pour tâche (art. 4 LSPr) :

- d'observer l'évolution des prix ;
- d'empêcher les augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusifs ;
- de renseigner le public sur son activité.

La loi prévoit également un catalogue de mesures visant à empêcher des augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusifs (annonces spontanées, dénonciations, enquêtes, règlements amiables, décisions ; art. 6 à 11 LSPr).

Le Surveillant des prix coopère étroitement avec les autres autorités spécialisées et, notamment, la ComCo (art. 5). L'art. 15 prévoit des règles de coordination et de compétence entre le Surveillant et les autres autorités fédérales de surveillance (ComCo, FINMA, etc.).

c. La sanction

Outre les dispositions réglant la coordination de la LSPr avec d'autres prescriptions de droit fédéral (notamment la LCart ; p. ex. art. 15 LSPr), la LSPr prévoit encore, pour garantir son respect :

- des dispositions de procédure administrative (art. 20 et 21 LSPr) et
- des obligations pour les acteurs économiques et les autorités (art. 17 et 18 LSPr).

La LSPr prévoit enfin des dispositions de droit pénal en cas d'infractions (art. 23 à 25 LSPr).

13.5 La loi sur le marché intérieur (LMI)

a. Le but et l'objet

Le but de la LMI (RS 943.02) est de garantir « à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse » (art. 1 al. 1 LMI).

Il convient de souligner les éléments suivants :

- quant aux personnes bénéficiaires (champ d'application personnel), il s'agit de toutes les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse, sans distinction aucune fondée sur la nationalité ou l'origine ;
- le but est de pouvoir exercer une activité lucrative, c'est-à-dire toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté économique (« (...) *toute activité non régaliennne ayant pour but un gain* » : art. 1 al. 3 LMI) ;
- enfin, c'est l'accès au marché qui doit être garanti (champ d'application matériel) le plus largement possible et, *a contrario*, ce sont les restrictions à la liberté d'accès au marché qui doivent être réduites au strict nécessaire.

b. Les moyens de garantir l'accès au marché

La LMI prévoit essentiellement certains moyens :

- 1° l'interdiction des mesures discriminatoires entre offreurs externes et offreurs locaux (art. 3 al. 1 let. a LMI ; art. 5 al. 1 LMI) ;
- 2° l'application du principe dit « Cassis-de-Dijon » (art. 2 LMI). Ce principe a été établi par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) : selon ce principe, les produits fabriqués et commercialisés légalement dans l'un des Etats membres de l'UE doivent en principe être admis dans tous les autres Etats membres de l'Union. Ce principe

est désormais ancré à l'art. 2 LMI : « *toute personne a le droit d'offrir des marchandises ou des services dans toute la Suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite au lieu où cette personne a son siège ou son établissement* » (« (...) *se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales et communales sur l'accès au marché* » : art. 2 al. 5) ;

NB : Depuis l'entrée en vigueur de la révision de la LMI, le 1^{er} juillet 2006, ces principes sont expressément valables aussi bien pour la libre prestation de services (LPS) que pour le libre établissement (LE ; auparavant exclue en vertu d'une interprétation trop restrictive de la LMI par le Tribunal fédéral) !

- 3° la suppression des dispositions et des mesures de nature protectionniste édictées par les cantons et les communes (art. 11 LMI).

Pour faciliter la libre circulation, l'art. 4 LMI prévoit que les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3 (cf. let. c, ci-dessous).

c. Les restrictions admises

Des restrictions à la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peuvent être imposées en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si (art. 3 al. 1) :

- elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux : principe de non-discrimination ;
- elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;
- et elles répondent au principe de proportionnalité.

Ces trois conditions sont cumulatives (cp. avec l'art. 36 Cst).

d. La portée de la LMI

La LMI a une portée très large. Elle étend en effet ses principes à des secteurs déjà réglementés par d'autres dispositions. Sont ainsi englobés dans son champ d'application :

- toutes les activités soumises à autorisation (art. 95 et 196 ch. 5 Cst) par les cantons, sauf si une loi fédérale spéciale en traite déjà : la LMI reprend le principe de reconnaissance sur tout le territoire suisse des certificats de capacité cantonaux (cf. art. 196 ch. 5 Cst), mais en limitant les restrictions possibles en application de l'art. 3 LMI (art. 4 LMI) ;
- les marchés publics des cantons et des communes (art. 5 LMI).

e. L'application

Les autorités fédérales, cantonales et communales sont tenues de par la loi de veiller au respect de la LMI.

Un devoir d'entraide administrative est prévu à charge de la Confédération, des cantons et des communes (art. 8a LMI).

La Commission de la concurrence peut adresser des recommandations à ces autorités concernant les actes législatifs ou existants (art. 8 LMI). Elle poursuit et juge les violations de l'obligation de renseigner (fournir tout renseignement et document utile) imposée aux personnes concernées (art. 8b et 8c LMI). Elle est enfin habilitée à faire recours pour faire constater qu'une décision restreint indument l'accès au marché (art. 9 al. 2bis LMI).

13.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Quelles sont les incidences et interactions possibles entre la LMI et l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'UE ?

b. Exercices

Imaginons que, dans un canton A, l'autorisation de pratiquer la psychothérapie n'est soumise qu'à des conditions de formation réduite ou à l'accomplissement de stages, alors que dans un canton B, elle est soumise à l'obtention d'un diplôme de psychologie délivré à la suite d'études complètes dans ce domaine. Un psychothérapeute pratiquant déjà et, donc, étant déjà autorisé dans le canton A peut-il aller pratiquer dans le canton B ? En irait-il autrement si cette personne demandait l'autorisation pour la première fois dans le canton B, soit sans avoir pratiqué avant dans un autre canton ? (cf. l'ATF 128 I 92, en allemand).

§ 14. LE DROIT BANCAIRE ET LE DROIT BOURSIER

Textes législatifs : Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0) ; loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM, RS 954.1) ; loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA, RS 955.0); loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1).

Bibliographie : L. THEVENOZ / U. ZULAUF (éd.), Droit bancaire et financier 2013, BF 2013, Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse, Berne, 2013 ; D. ZOBL / R. P. UMBRICH / S. METTIER, Das Börsenrecht der Schweiz. Switzerland's Stock Exchange Law. Le droit suisse sur les bourses. Il diritto svizzero sulle borse, Zurich 1998 ; C. LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Schulthess, Zurich, 2008 ; M. BAUEN / N. ROUILLER, Relations bancaires en Suisse, Schulthess, Zurich, 2011 ; Ph. ABEGG, Manuel de droit bancaire suisse, Zurich, 2005 ; P. NOBEL, Das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel = Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, Schulthess, Zurich, 1997 ; J.-B. ZUFFEREY et al., Qui est négociant en valeurs mobilières? Aspects administratifs et fiscaux, AMC, Lausanne, 1997.

14.1 La notion

a. Les définitions

Le droit bancaire (public) comprend l'ensemble des règles qui régissent le statut, l'activité, l'organisation et la surveillance des banques, caisses d'épargne et autres institutions financières.

Le droit boursier (public) est l'ensemble des règles relatives à la création, à l'exploitation et à la surveillance des bourses, ainsi qu'à l'exercice à titre professionnel du commerce des valeurs mobilières.

La base constitutionnelle du droit fédéral en matière bancaire est l'art. 98 Cst.

Remarques : Seul le droit bancaire et boursier public sera examiné dans ce chapitre. Il existe toutefois également un droit bancaire et boursier privé (ou commercial) relatif aux aspects contractuels et aux relations entre les intermédiaires financiers, ainsi qu'entre ces intermédiaires et leurs clients. Il existe également un droit dit d'autorégulation, c'est-à-dire édicté par les intermédiaires financiers (banques) et les bourses eux-mêmes, à leur propre attention. Cette auto-réglementation, bien que d'origine privée, est généralement assimilée au droit public pour plus de commodité.

b. Le contenu et les sources

Le droit bancaire et boursier public, aussi appelé droit des banques et des marchés financiers, se compose d'un grand nombre de dispositions législatives, elles-mêmes

contenues dans des textes législatifs très divers, ainsi que dans différents textes conventionnels et d'autorégulation.

- 1° En droit fédéral, d'abord, on peut notamment citer :
- la loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB) ;
 - la loi sur la Banque Nationale (LBN) ;
 - la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) ;
 - la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) ;
 - le Code pénal (CP), notamment les art.
 - 161 CP (exploitation de la connaissance de faits confidentiels),
 - 305^{bis} CP (blanchissage d'argent) et
 - 305^{ter} CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières et de droit de communication) ;
 - la loi concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA) ;
 - la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1) ;
 - mais aussi diverses dispositions réparties aussi bien dans les lois fédérales que dans des traités internationaux.
- 2° En droit cantonal, ensuite, citons notamment les lois sur les banques cantonales.
- 3° En droit conventionnel et d'autorégulation, enfin, on peut citer, à titre d'exemple, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), passée entre l'Association suisse des Banquiers (ASB), d'une part, et les banques elles-mêmes, d'autre part.
(Version CDB 2008 : <http://www.swissbanking.org/fr/20080410-vsb-cwe.pdf>)

A relever que, comme pour le droit de la concurrence, et de par sa nature même, le droit bancaire et boursier suisse est également largement influencé par le droit international (traités) et le droit de l'Union européenne (par exemple : la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, JO L 176 du 27.6.2013, p. 338).

14.2 La loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB)

(A noter que la LB date de 1934, sous réserve de nombreuses modifications ultérieures.)

a. Le champ d'application

Sont soumis à la LB (RS 952.0) les personnes (morales essentiellement) suivantes (art. 1^{er} LB) :

- les banques ;
- les banquiers privés ;
- les caisses d'épargne ;

mais aussi :

- les succursales de banques étrangères en Suisse ;
- les représentants de banques étrangères qui exercent leur activité en Suisse.

Par ailleurs, des cas particuliers sont prévus, à titre exceptionnel, sur décision de la FINMA (sur la FINMA, cf. ci-dessous, 14.5).

En sont par contre exclus :

- les agents de change et maisons de bourses qui se limitent à négocier des valeurs mobilières (cf. LBVM) sans exercer d'activités bancaires ;
- les gérants de fortune, notaires et agents d'affaires qui se limitent à gérer les fonds des clients sans exercer d'activités bancaires.

Sauf exception décidées par le Conseil fédéral, les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la présente loi ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel.

b. Le contenu

Le principe posé par la loi est le suivant :

"La banque ne peut commencer son activité qu'après en avoir obtenu l'autorisation de la FINMA ; elle ne peut s'inscrire au registre du commerce avant d'avoir reçu cette autorisation" (art. 3 al. 1 LB).

L'autorisation est délivrée lorsque les conditions légales sont remplies (art. 3 al. 2 LB).

Outre certaines dispositions traitant spécialement de cas particuliers, la LB contient donc, pour l'essentiel :

- des règles relatives à l'octroi de l'autorisation de pratiquer,
 - des règles dites « prudentielles »,
 - des règles sur les relations des banques avec la BNS,
 - des règles relatives aux faillites et concordats bancaires,
 - et des règles relatives à la responsabilité civile et pénale des banquiers.
- 1° Autorisation : la LB soumet le droit d'exercer des activités bancaires et d'être inscrit au registre du commerce sous la désignation « banque » à l'octroi d'une autorisation de la CFB. Cette autorisation n'est accordée que lorsque la banque remplit un certain nombre de conditions et que la CFB s'est assurée un droit de surveillance « permanent » sur cette dernière (art. 3 LB).
- 2° Règles prudentielles : il s'agit des règles de gestion minimales à appliquer par les banques pour garantir, selon la LB, une certaine sécurité au public. Ces règles se rapportent, par exemple, à la proportion minimale de fonds propres de la banque par rapport à ses engagements, au seuil minimal de liquidités à conserver (art. 4 LB), aux provisions (risques ; art. 5 LB) et aux comptes annuels et bilans (art. 6 et 18 ss LB).
- 3° FINMA : la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1) institue une autorité spéciale, appelée Autorité fédérale de surveillance des

marchés financiers («FINMA»), en matière de marchés financiers et de banques, et lui attribuent des tâches et compétences, notamment en matière d'octroi ou de retrait des autorisations et de surveillance. La FINMA est un établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre (art. 4), qui remplace l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB). La FINMA exerce la surveillance des activités financières conformément aux lois sur les marchés financiers (LB, LBVM, LPCC, LBA, LCA, LSA, etc.) et à la LFINMA (art. 6).

c. La sanction

La LB prévoit également, notamment à ses art. 38 ss, la sanction des violations de ses dispositions et des obligations qu'elle fixe. Il s'agit de règles de :

- droit privé (art. 39 à 45 LB) : ces dispositions édictent un régime dérogatoire de responsabilité civile pour les banquiers, réservant toutefois le régime ordinaire du CO pour les banquiers privés et le droit cantonal pour les banques cantonales ;
- droit pénal (art. 46, 47 et 49 LB) : ces dispositions énumèrent les infractions à la LB passibles d'une peine d'amende ou d'emprisonnement.
- droit administratif : mesures de correction et retrait de l'autorisation ordonnées par la FINMA et (art. 23ter et 23quinquies LB).

14.3 La loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM)

a. Les objets

La LBVM (RS 954.1) « *règle les conditions permettant de créer et d'exploiter des bourses, ainsi que d'exercer à titre professionnel le commerce des valeurs mobilières, afin de garantir aux investisseurs transparence et égalité de traitement. Elle crée les conditions propres à assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières* » (art. 1^{er} LBVM).

On distingue ainsi deux buts (objets) principaux :

- garantir une certaine protection aux investisseurs ;
- et assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières.

A noter que la LBVM ne définit pas la notion d'« investisseurs », contrairement à ce qu'elle fait pour d'autres termes qu'elle utilise (art. 2 LBVM).

b. Les moyens

Pour atteindre ses objectifs, la LBVM prévoit un certain nombre de moyens (ou mesures). On peut mentionner notamment :

- Pour les bourses : la nécessité d'obtenir une autorisation d'exercer (art. 3) ; de garantir une organisation adéquate de son exploitation et de son administration (art. 4 : autorégulation) ; de garantir également une organisation réglementée du marché ; d'édicter des règlements notamment en matière d'admission des négociants et des

valeurs mobilières (art. 5, 7, et 8) ; d'assurer la surveillance du marché (art. 6) ; et, enfin, de prévoir des procédures internes de recours (art. 9).

- Pour les négociants : la nécessité aussi d'obtenir une autorisation et de se soumettre à des règles de conduite, ainsi qu'à des règles prudentielles (de gestion : cf. la LB) (art. 10 à 19).

La LBVM prévoit également des règles relatives :

- à la publicité des participations, lorsque celles-ci atteignent, dépassent ou descendent en dessous de certains seuils (art. 20 et 21) ;
- aux offres publiques d'acquisition (OPA) et à leur contrôle (art. 22 à 33 et 52 et 53).

Enfin, la LBVM :

- prévoit des règles de surveillance : la surveillance est exercée par la FINMA, conformément aux dispositions de la LFINMA (art. 34bis ss LBVM) ;
- et prévoit des règles relatives aux relations internationales (art. 37 ss).

c. Les sanctions

Pour assurer son application correcte et son respect, la loi édicte elle aussi des règles de :

- droit administratif : retrait de l'autorisation (art. 36 LBVM) (renvoi à la procédure fédérale) ;
- droit pénal (art. 40 à 44).

14.4 La loi sur le blanchiment d'argent (LBA)

a. Le champ d'application

Sont soumis à la LBA (RS 955.0) tous les intermédiaires financiers, c'est-à-dire essentiellement :

- les banques (cf. la LB),
- les directions de fonds de placement (cf. la LPCC),
- les institutions d'assurances (cf. la loi sur la surveillance des assurances ; LSA),
- les négociants en valeurs mobilières (cf. la LBVM), ainsi que
- toutes les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (art. 2 al. 1 et 2 LBA).

b. L'objet

La LBA a pour but de régir :

- la lutte contre le blanchiment d'argent lui-même, tel que défini à l'art. 305^{bis} CPS, autrement dit le comportement qui consiste à commettre « *un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont on savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime* » ;

Art. 305bis CP Blanchiment d'argent

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. (...)

– la vigilance requise en matière d'opérations financières (art. 1 LBA).

Art. 305ter CP Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication

1 Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Les personnes visées à l'al. 1 ont le droit de communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime

c. Les moyens

Pour atteindre ces buts, le législateur fédéral a prévu un certain nombre de moyens, notamment procéduraux et institutionnels :

- 1° un catalogue légal d'obligations pour les intermédiaires financiers, à savoir :
 - des obligations générales « préventives » :
 - des obligations de diligence relatives à l'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique,
 - des obligations de clarification d'opérations et de transactions suspectes, et
 - des obligations de conservation de documents (art. 3 à 8 LBA) ;
 - des obligations en cas de soupçons de blanchiment d'argent : obligation de communiquer et d'informer les autorités compétentes ; et obligation de bloquer les avoirs qui ont un lien avec les informations communiquées (art. 9 à 11 LBA) ;
- 2° des autorités de surveillance (art. 12 LBA : FINMA, Commission fédérale des jeux, organismes d'autorégulation) et un bureau de communications géré par fedpol (art. 23 LBA)

Art. 12 LBA

Les organes suivants veillent à ce que les intermédiaires financiers respectent les obligations définies au chapitre 2:

a. s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 2, let. a à d, la FINMA;

b. s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 2, let. e, la Commission fédérale des maisons de jeu;

c. s'agissant des intermédiaires financiers visés à l'art. 2, al. 3:

1. leurs organismes d'autorégulation reconnus (art. 24),

2. la FINMA, si les intermédiaires financiers ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation reconnu.

- 3° des organismes d'autorégulation (art. 24 à 28 LBA) ;

- 4° des mécanismes et procédures d'entraide administrative nationale et internationale (art. 29 à 32 LBA).

NB : de nombreuses dispositions isolées figurent soit dans la législation fédérale soit dans des traités, qui tendent aussi à lutter contre les activités illicites liées au blanchiment d'argent et complètent la LBA. Voir p. ex. art. 25 ss de l'Accord bilatéral de coopération entre la Suisse, d'une part, l'UE et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, du 26 octobre 2004 (RS 0.351.926.81).

d. La sanction

Enfin, la LBA prévoit aussi des dispositions garantissant son application, notamment des règles de droit pénal.

NB : Actuellement, une révision de la LBA est en cours, qui a pour objet de créer de bonnes conditions-cadres pour la place financière suisse en renforçant notamment les obligations et sanctions de la LBA. Il est notamment prévu d'aggraver les peines pénales (amende et peines d'emprisonnement).

14.5 La loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)

La loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2009.

Elle a pour objet de créer une autorité, la FINMA, chargée de surveiller les marchés financiers régis par les lois citées ci-après (lois sur les marchés financiers) :

- la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage ;
- la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ;
- la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs ;
- la loi du 8 novembre 1934 sur les banques ;
- la loi du 24 mars 1995 sur les bourses ;
- la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent ;
- la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances.

L'autorité chargée de surveiller les marchés financiers est un établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre, qui a son siège à Berne. Elle porte le nom d'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers («FINMA») (art. 4 LFINMA).

La loi (LFINMA) règle l'organisation de cette autorité et fixe les instruments de surveillance à sa disposition (art. 1 LFINMA).

La FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante. Elle examine néanmoins au moins une fois par an avec le Conseil fédéral sa stratégie en matière de

surveillance et les questions d'actualité relevant de la politique applicable à la place financière. C'est l'Assemblée fédérale qui exerce la haute surveillance sur la FINMA.

La mission légale de la FINMA est la surveillance des marchés financiers : le but consiste à protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés, et à assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. Cette surveillance contribue ainsi à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse. La FINMA est également l'autorité compétente pour assumer les tâches internationales liées à son activité de surveillance (art. 21 LFINMA).

Enfin, la FINMA est compétente pour adopter

- des ordonnances à chaque fois que la législation sur les marchés financiers le prévoit, et
- des circulaires, destinées à préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers.

Elle ne le fait toutefois que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent. Ce faisant, elle tient compte notamment des coûts que la réglementation entraîne pour les assujettis, des effets de la réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse, des différentes activités des assujettis et des risques qu'ils encourent; et des standards internationaux minimaux.

La FINMA soutient l'autorégulation ; elle peut lui reconnaître une valeur de standard minimal et la transposer dans ses règles de surveillance.

14.6 La loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)

Le Conseil fédéral avait adopté le 3 septembre 2014 le Message concernant la Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, LIMF). Le Parlement l'a adoptée le 19 juin 2015. Le délai référendaire courait jusqu'au 8 octobre 2015. Le texte finalement adopté compte 164 articles et peut être trouvé, temporairement sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/4485.pdf>

De manière générale, cette loi vise à adapter la réglementation des infrastructures des marchés financiers et du négoce de dérivés aux évolutions des marchés et aux directives internationales. Elle devrait permettre de renforcer durablement la stabilité et la compétitivité de la place financière suisse.

La LIMF règle l'organisation et l'exploitation des infrastructures des marchés financiers. Dès lors, de par son objectif général et son caractère transversal, le projet de loi implique de nombreuses modifications de lois existantes en matières boursière, bancaire et financière (CO, LBN, LPC, LB, LBVM, LFINMA, LSA, ...). Les dispositions dispersées aujourd'hui dans plusieurs lois fédérales sont regroupées pour des raisons de cohérence dans une seule loi et adaptées à la nouvelle situation des marchés ainsi qu'aux normes internationales.

De manière générale, la réglementation des bourses correspond à celle de l'actuelle loi sur les bourses. Le principe de l'autorégulation, notamment, est maintenu, car il a fait ses preuves dans ce domaine. La loi remplace les dispositions concernant l'assistance administrative, contenues actuellement dans les différentes lois sur les marchés financiers, par une réglementation uniforme contenue dans la loi

sur la surveillance des marchés financiers. Celle-ci s'inspire des directives internationales dans ce domaine et, comme les dispositions de la loi sur l'assistance administrative fiscale, prévoit la possibilité de restreindre la procédure relative au client si l'information préalable de ce dernier compromet l'efficacité de l'assistance administrative et le bon déroulement des tâches de l'autorité requérante. De plus, une base explicite concernant la collaboration avec des organisations et organes internationaux est ajoutée à la législation.

Par ailleurs, la LIMF soumet le négoce des dérivés à une réglementation conforme aux normes internationales actuelles. En Suisse, la majeure partie de la négociation de dérivés s'effectue par delà les frontières et prioritairement avec l'Union européenne (UE). La réglementation proposée s'inspire donc principalement du droit de l'UE. Par conséquent, les trois obligations centrales de la négociation de dérivés devront également s'appliquer en Suisse à l'avenir : l'obligation de compenser par l'intermédiaire d'une contrepartie centrale, l'obligation de déclarer à un référentiel central et l'obligation de réduire les risques. Contrairement à ce que prévoit la réglementation européenne, des exceptions ont été définies pour les plus petits cocontractants du secteur financier. Ces exceptions ont été introduites pour des raisons de proportionnalité et par analogie avec les dispositions américaines correspondantes. Le projet de loi contient les bases légales concernant l'obligation de réaliser les opérations sur dérivés par l'intermédiaire d'une bourse ou d'un autre système de négociation, mais elles n'entreront en vigueur que lorsque cette obligation aura également été instaurée dans les Etats partenaires. En ce qui concerne l'obligation d'effectuer les opérations sur dérivés par l'intermédiaire d'une plate-forme de négociation, le projet de loi contient déjà les bases légales nécessaires, mais celles-ci n'entreront en vigueur que lorsque l'obligation de passer par une plate-forme de négociation aura également été introduite dans les Etats partenaires.

En raison de leur lien étroit avec les plates-formes de négociation, les catégories de négociants en valeurs mobilières suivantes sont transférées de la loi sur les bourses dans la LIMF : maison d'émission, fournisseur de dérivés, négociant pour compte propre et teneur de marché. De même, les dispositions actuelles concernant la publicité des participations, les offres publiques d'acquisition ainsi que les opérations d'initiés et la manipulation de cours sont dissociées de la loi sur les bourses et reprises quasiment telles quelles dans la LIMF.

14.7 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Un avocat est consulté par une personne accusée d'un vol. Peut-il accepter la provision relativement élevée que son client accepte de lui verser ?

b. Exercices

La Banque Suisse Réunie reçoit la visite de l'avocat du Barreau qui demande l'ouverture d'un compte pour la société anonyme Discrète SA, dont il est l'administrateur unique. Selon l'extrait du registre du commerce, le but de la société est de rendre des services à toutes les sociétés qui souhaitent réaliser des affaires dans le pays Wonderland. Quid ?

Chapitre 3 : **Le droit international public**

§ 15. L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Textes législatifs : Les accords internationaux et traités auxquels la Suisse est partie sont publiés dans le Recueil Systématique du droit fédéral (RS 0. ...) ; Statuts de la Cour pénale internationale (CPI).

Bibliographie : P.-M. DUPUY / Y. KERBRAT, Droit international public, Dalloz, Paris, 2012; D. CARREAU, Droit international, Pedone, Paris, 2009 ; P. DAILLIER / M. FORTEAU / N. QUOC DINH/ A. PELLET, Droit international public, LGDJ, Paris, 2009; J. SALMON (dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001; D. THÜRLER, Constitution et droit international public, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Zurich/Berne, 1995, vol. I (commentaire de l'ancienne Constitution) ; G. MALINVERNI, L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant, Rapport à la SSJ, fasc. 1, 1998; CONSEIL FEDERAL, Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, du 5 mars 2010, FF 2010, 2067, et Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30 mars 2011, FF 2011, 3401.

15.1 La notion

Le droit international public est l'ensemble des règles qui régissent les relations entre les Etats ainsi que les relations des Etats avec les organisations internationales, et qui déterminent qui est sujet de droit dans ce domaine.

Le droit international public a été marqué, au XX^{ème} siècle, par une évolution des relations bilatérales des Etats vers des relations multilatérales et la constitution de nouvelles entités économiques et/ou politiques.

15.2 Les sujets de droit et les instruments du droit international public

a. Les sujets de droit

Le droit international public a d'abord pour objet de définir qui sont les sujets de droit (en droit international public) :

- les Etats (critères de reconnaissance des Etats : un territoire, un peuple, un gouvernement ; la CE (devenue UE) a adopté, en 1991, des lignes directrices à ce sujet. Avant de reconnaître un nouvel Etat, le gouvernement suisse tient compte de la position adoptée par « un groupe représentatif d'Etats ») ;
- les organisations internationales, qui sont créées par les Etats, mais qui peuvent aussi parfois être des organisations non gouvernementales (ONG).

b. Les instruments

- 1° Les relations entre les Etats sont réglées par des traités (voir la Convention de Vienne sur les traités). Ces traités sont soit :
 - des traités-contrats, dont l'objet se rapporte à des prestations réciproques des Etats, telles qu'une alliance militaire ou l'octroi d'avantages commerciaux ;
 - des traités-lois, par lesquels les Etats signataires adoptent de nouvelles règles de droit applicables dans les Etats membres (par exemple la loi uniforme sur la lettre de change ou la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises).
- 2° Lorsqu'un traité est signé entre deux Etats seulement, c'est un traité bilatéral ; lorsqu'il est signé par plusieurs Etats, c'est un traité multilatéral.
- 3° Le droit européen a développé un nouveau type d'accord international : l'« accord mixte ». Il s'agit là d'un traité signé, d'une part, par un Etat ou plusieurs Etats ou une organisation internationale et, d'autre part, par l'Union européenne et l'ensemble de ses Etats membres. Les Accords bilatéraux conclus entre la Suisse, d'une part, et la CE et/ou l'UE et ses Etats membres, d'autre part, en sont un exemple concret. La reconnaissance nécessaire de ce nouveau type de traités s'explique pour des raisons de répartition de compétences à l'intérieur de l'UE entre la Communauté (CE) et les Etats membres.

15.3 Quelques domaines particuliers

a. Le droit international garantissant les droits de l'homme

i. Les droits de l'homme selon les règles de l'ONU

En 1948, l'assemblée générale de l'ONU a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette déclaration comprend l'énoncé d'un certain nombre de principes fondamentaux. Toutefois, il n'existe pas d'autre mécanisme de contrôle ou de sanction qu'un rapport établi à l'intention de la Commission des droits de l'homme, dont le siège est à Genève.

Cette déclaration a été concrétisée, en 1966, par l'adoption du Pacte relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1). Ces deux pactes ont été ratifiés par la Suisse en 1992. Leur effectivité est meilleure que celle de la Déclaration universelle des droits de l'homme pour deux raisons :

- Le Pacte relatif aux droits civils et politiques a introduit la possibilité d'une plainte à un comité international des droits de l'homme, qui a pour tâche de veiller au respect du Pacte.
- Ce Pacte contient des normes d'application immédiate. C'est le cas, en particulier, de l'art. 9 ch. 1 relatif à la notion de détention arbitraire. Puisque la Suisse a ratifié ces traités, cette interdiction de détention arbitraire est donc applicable en Suisse

dans toute l'étendue qui sera donnée à ce concept par le Comité international des droits de l'homme.

ii. Les droits de l'homme selon la Convention européenne des droits de l'homme

Cf. ci-dessous, point 16.3.

b. Le droit international économique

Le droit international économique est l'ensemble des règles qui régissent l'organisation des relations internationales économiques.

Il s'agit là des relations macro-économiques, par opposition aux relations micro-économiques qui concernent les particuliers (à noter que, dans ce domaine également, de nombreuses règles internationales sont adoptées : voir, par exemple, les Règles et Usances Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale sur le crédit documentaire (voir le cours de droit commercial)).

Le droit international économique traite de l'organisation des relations économiques à l'échelle universelle (OMC/GATT ; CNUCED ; FMI ; Banque mondiale ; ...) et à l'échelle régionale (européenne, africaine, asiatique, africaine, ...).

NB : Pour le GATT et l'OMC, voir ci-dessous § 22.

c. Le droit pénal international

i. En général

Le droit pénal international est une sous-catégorie du droit international public. Il règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international, à savoir :

- les infractions qui présentent un élément d'extranéité (droit pénal international) ;
- les infractions à des normes supranationales (droit international pénal).

Attention : en droit pénal, la terminologie est inversée par rapport au droit privé : le droit pénal international correspond au droit international privé (DIP ; voir Droit II, § 37 ss).

Le droit pénal international est encore aujourd'hui un droit surtout national, propre à chaque Etat. Mais, ceux-ci ayant pris conscience de la nécessité de lutter plus efficacement contre la criminalité internationale, de nombreuses conventions organisant une coopération internationale (entraide judiciaire, extradition ...) ont été conclues.

ii. Une instance judiciaire supranationale ad hoc : le Tribunal de la Haye

Le Conseil de sécurité de l'ONU a créé, en 1993, à la Haye, un tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie. A la différence du tribunal de Nuremberg (institué à la fin de la seconde guerre mondiale pour juger certains criminels nazis), il a été créé pour juger les criminels de guerre au nom de la communauté internationale, et déjà pendant les affrontements. Il ne s'agit donc pas d'un tribunal de vainqueurs, créé *a*

posteriori. La Suissesse Carla del Ponte (dont le mandat a pris fin en 2007) a notamment été son Procureur général.

Le Tribunal de la Haye pour l'ex-Yougoslavie est compétent pour connaître :

- *ratione loci* : des crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie ;
- *ratione temporis* : des crimes commis à partir du 1^{er} janvier 1991, date marquant le début des hostilités ;
- *ratione materiae* : des crimes violant des règles coutumières de droit international humanitaire ;
- *ratione personae* : des crimes commis par les personnes physiques tenues individuellement pour responsables, indépendamment de leur appartenance à un groupe ou un état.

Un autre tribunal *ad hoc* a été institué pour juger les crimes commis pendant le génocide du Rwanda.

iii. Une instance judiciaire supranationale permanente : la Cour pénale internationale (CPI)

Sous l'égide des Nations Unies s'est tenue, à Rome, du 15 juin au 17 juillet 1998, une conférence diplomatique, dans le but d'adopter un projet de statuts, qui une fois ratifiés, devaient établir une Cour pénale internationale (CPI), permanente et dont la compétence est plus large que celle des tribunaux internationaux *ad hoc*.

Ces statuts ont été adoptés le 17 juillet 1998, sous le nom de Statuts de Rome. Ils ont été ouverts à la signature des Etats le 17 juillet 1998, et la Suisse les a signés le 18 juillet 1998 (internet : http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/Pages/default.aspx).

Les Statuts sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2002, conformément à leur art. 126. Ils établissent une Cour permanente, dont le siège est à la Haye, aux Pays-Bas. Elle a pour tâche d'être complémentaire aux juridictions pénales nationales. Depuis 2004, il existe un Secrétariat (permanent) de l'Assemblée des États Parties, basé à La Haye.

Alors que la Cour internationale de Justice (CIJ) ne peut juger que les Etats, la CPI pourra juger des individus accusés de crimes contre :

- la paix et la sécurité de l'humanité,
- l'agression,
- le génocide,
- le crime contre l'humanité,
- le crime de guerre,
- le crime contre le personnel des Nations-Unies.

La liste détaillée des crimes soumis la CPI fait l'objet des art. 5 à 8 des Statuts. A noter que le terrorisme et le trafic de drogue ne font pas partie de cette liste définie par les Statuts de Rome.

La question des peines reste encore à résoudre, ainsi que celle des moyens de contrainte.

A l'heure actuelle, il y a 139 Etats signataires, mais 123 Etats Parties aux Statuts (état en automne 2015) : parmi eux, 34 sont membres du groupe des États d'Afrique, 19 sont des États d'Asie et du Pacifique, 18 sont des États d'Europe Orientale 27 sont des États d'Amerique Latine et des Caraïbes, et 25 sont membres du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États. La Suisse a procédé à la signature du Statut de Rome le 18 juillet 1998. Elle a déposé son instrument de ratification du Statut de Rome le 12 octobre 2001.

A noter que plusieurs Etats non européens (et non des moindres), au nombre desquels figurent par exemple les Etats-Unis, Israël, la Chine, la Corée du Nord, la Russie, la Turquie, refusent de ratifier les Statuts de la CPI et, par conséquent, de reconnaître son autorité.

Les Etats parties se réunissent en Assemblée, dotée d'un Bureau, de Groupes de travail, d'un Secrétariat permanent. L'Assemblée tient des sessions et peut adopter des Résolutions. Elle se prononce sur des sujets variés, tel que l'adoption de texte normatif et du budget, l'élection des juges, du Procureur ou de l'adjoint au Procureur. Aux termes de l'article 112(7) des Statuts, chaque État membre a une voix et tous les efforts doivent être mis en oeuvre pour aboutir à des décisions recueillant le consensus entre l'Assemblée et le Barreau.

iv. La Suisse et les tribunaux pénaux internationaux

(Source: site internet du DFJP / OFJ sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/sicherheit/ref_internationale_rechthilfe/ref_rechthilfe_in.html)

1. Collaboration avec les tribunaux ad hoc

Suite aux conflits dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda, la Suisse, pour réglementer sa collaboration avec les tribunaux ad hoc sis à La Haye et à Arusha (Tanzanie), a adopté l'arrêté fédéral relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (RS 351.20). En 2003, le champ d'application de cet arrêté fédéral a été élargi pour couvrir la collaboration avec le tribunal spécial pour la Sierra Leone, dont le siège est à Freetown.

Les formes de collaboration suivantes sont prévues :

- *Transfèrement de personnes recherchées*
L'Office fédéral de la justice (OFJ) décerne les mandats d'arrêt et statue sur le transfèrement des personnes recherchées au tribunal. Un recours au Tribunal pénal fédéral est possible aussi bien contre le mandat d'arrêt que contre la décision de transfèrement. Contrairement à ce qui est le cas dans la procédure d'extradition bilatérale, le transfert temporaire d'un citoyen suisse à un tribunal international est possible. Le tribunal devra néanmoins donner la garantie que la personne concernée, à l'issue de la procédure, sera renvoyée en Suisse pour y purger sa peine.

– *Entraide judiciaire*

Les demandes d'entraide judiciaire sont réceptionnées par l'OFJ qui, après les avoir soumises à un examen sommaire, les transmet, pour exécution, aux autorités cantonales ou fédérales compétentes. L'OFJ peut décider lui-même de la recevabilité et de l'exécution d'une demande lorsqu'un cas est complexe et d'une importance particulière, ou lorsque la demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons. La décision de clôture peut être attaquée par la voie du recours devant le Tribunal fédéral.

– *Actes d'instruction particuliers*

Dans une procédure d'entraide judiciaire bilatérale, l'autorité requérante ne peut que partiellement procéder directement et de manière autonome à des actes d'instruction (par ex. audition de témoins) sur le territoire suisse. Plus généreux à cet égard, l'arrêté de 1995 prévoit que le Département fédéral de justice et police (DFJP) peut délivrer une autorisation en ce sens. A ce jour, le DFJP a répondu favorablement à toutes les requêtes émanant des tribunaux ad hoc, ce qui permet d'offrir une meilleure garantie de respect des exigences formelles des tribunaux et de faciliter la déposition des témoins.

2. *Coopération avec la Cour pénale internationale permanente*

Les tribunaux ad hoc, dont la juridiction est limitée à un territoire et à un conflit donné, ne doivent pas être confondus avec la Cour pénale internationale (CPI) de La Haye, qui est, elle, permanente et dont le statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002. La Cour pénale internationale n'interviendra, néanmoins, que lorsque les autorités nationales compétentes ne veulent ou ne peuvent pas poursuivre sérieusement elles-mêmes des violations du droit international humanitaire. La Suisse a réglementé la coopération avec la CPI dans une loi fédérale (LCPI, RS 351.6), qui est également entrée en vigueur le 1er juillet 2002. Pour garantir une coopération optimale, un service central a été mis sur pied à l'OFJ.

– *Remise de personnes recherchées*

L'OFJ décerne les mandats d'arrêt et statue sur la remise des personnes recherchées à la CPI. En Suisse, un recours ne peut être formé que contre la décision de mise en détention pendant la procédure de remise. La décision de remise, par contre, ne peut pas faire l'objet d'un recours. La personne recherchée ne peut que contester la compétence de la CPI directement auprès de cette dernière. Lorsqu'un citoyen suisse est remis à la Cour pénale internationale, l'OFJ demande, à l'issue de la procédure, que la personne concernée puisse revenir en Suisse pour y purger sa peine.

– *Autres formes de collaboration*

L'OFJ réceptionne les demandes concernant d'autres formes de coopération (rassemblement de preuves, y compris les dépositions, interrogatoire de personnes suspectes, exécution de perquisitions et de saisies, notification de documents, etc.). Il statue sur l'admissibilité de la coopération, ordonne les mesures nécessaires et charge une autorité cantonale ou fédérale d'exécuter la demande. Dans une

procédure devant la CPI, les accusés n'ont aucune voie de recours. Seules les autres personnes concernées par les mesures d'entraide judiciaire ont la possibilité d'interjeter un recours contre la décision de clôture de l'OFJ. Enfin, l'OFJ peut autoriser directement la CPI à procéder de manière autonome à des actes d'instruction sur le territoire suisse.

15.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Quel rôle l'individu peut-il jouer en droit international ?

§ 16 LE CONSEIL DE L'EUROPE

Textes législatifs : – Statut du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030) ;
– Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101).

Bibliographie : M. HOTTELIER / H. MOCK / M. PUÉCHAVY, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, Schulthess, Genève / Zurich / Bâle, 2011 ; Juris-Classeur Europe, vol. VI, fasc. 6499 ss ; site internet : <http://www.coe.int/>

16.1 Généralités

Le Conseil de l'Europe réunit, à l'heure actuelle, 47 Etats d'Europe, dont la Suisse. Il s'agit de la plus ancienne organisation intergouvernementale en Europe. Les objectifs politiques de 1949 ont dû être rapidement abandonnés et ont fait place à une volonté de coordonner la législation des Etats membres par le biais de conventions et d'instituer une coopération internationale conforme aux fondements de l'organisation :

- liberté individuelle et politique,
- prééminence du droit et sauvegarde des droits de l'homme.

16.2 L'organisation

Les organes du Conseil de l'Europe sont :

- 1° Le Comité des ministres, qui est l'organe compétent pour agir au nom du Conseil de l'Europe (à ne pas confondre avec le Conseil des Ministres ou Conseil de l'Union, organe de l'UE).
- 2° L'Assemblée consultative : ce fut le premier essai d'introduction d'une représentation des peuples d'Europe dans un organe international. C'est l'organe délibérant du Conseil de l'Europe (tribune politique de l'Europe), mais il ne dispose en réalité d'aucun pouvoir de décision.

- 3° Le Secrétariat, qui assiste le Comité des ministres et l'Assemblée consultative dans leurs travaux.

Il n'existe pas d'organe judiciaire général, hormis la Cour européenne des droits de l'homme, dont la seule tâche consiste à veiller au respect et à l'application correcte de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; cf. ci-après, 16.3).

16.3 La Convention européenne des Droits de l'Homme

La CEDH est la plus fameuse des conventions du Conseil de l'Europe. Elle a été adoptée en 1950 et joue depuis quelques années un rôle primordial d'internationalisation de la protection judiciaire des droits de l'homme. Elle a eu une influence en Suisse avant même sa ratification en 1974 et continue de jouer un rôle fondamental dans le contentieux suisse.

a. Le contenu

La CEDH garantit notamment les droits suivants :

- droit à la vie (art. 2 CEDH) ;
- interdiction de la torture, ainsi que des traitements et peines inhumains et dégradants (art. 3 CEDH) ;
- droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH) ;
- droit à une bonne administration de la justice (art. 6 CEDH) ;
- droit au respect de la vie privée du domicile et de la correspondance (art. 8 CEDH) ;
- liberté d'expression (art. 10 CEDH).

Le contenu de la Convention a été modifié par des protocoles. Il existe deux sortes de protocoles :

- les protocoles d'amendement qui n'entrent en vigueur que lorsque tous les membres du Conseil de l'Europe les ont ratifiés ;
- les protocoles additionnels et facultatifs, qui entrent en vigueur – pour les Etats membres qui les ratifient – lorsqu'un certain nombre d'Etats les ont ratifiés.

b. Les effets

La CEDH est un traité ratifié par la Suisse. Elle est donc d'application directe et l'ensemble des autorités suisses doit la respecter et l'appliquer.

c. La procédure

i. La compétence et la recevabilité

La Cour est compétente pour toutes les questions relatives à la Convention et à ses protocoles (interprétation et application ; art. 32 CEDH).

La Cour peut être saisie de requêtes étatiques (art. 33 CEDH), c'est-à-dire émises par un Etat et dirigées contre un autre Etat, ou de requêtes individuelles (art. 34), à savoir émises par un particulier,

une Organisation non gouvernementale (ONG) ou un groupe de particuliers à l'encontre d'un Etat. Elle ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes (du pays du recourant), sauf cas particuliers, et dans un délai de 6 mois dès la décision interne définitive (art. 35 CEDH).

En outre, la requête doit :

- ne pas être anonyme,
- traiter d'un problème nouveau,
- ne pas être abusive ou manifestement malfondée (art. 35 CEDH).

ii. L'examen des requêtes

Selon les art. 27 et 28 CEDH, un juge unique ou un comité, composé de trois juges, peut déclarer irrecevable ou rayer du rôle une requête individuelle. Un comité peut également rendre un arrêt sur le fond lorsque la question à traiter fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour. Ces arrêts et décisions sont définitifs.

Si aucune décision n'a été prise en ce sens, c'est alors une Chambre, composée de sept juges, qui examinera la recevabilité et la validité au fond d'une requête individuelle (art. 29 § 1 CEDH)

En cas de requête étatique, c'est la Chambre qui est directement compétente pour examiner sa recevabilité et sa validité au fond (art. 29 § 2 CEDH).

Si la Chambre estime que la requête formulée soulève une question grave ou s'il y a risque de contradiction avec une affaire déjà résolue, elle peut se dessaisir de l'affaire en faveur de la Grande Chambre, composée de quinze juges (art. 30 CEDH).

La Grande Chambre est dès lors compétente en cas de requêtes étatiques ou individuelles lorsque celles-ci lui ont été envoyées par une chambre selon l'art. 30 (art. 31 let. a CEDH).

Elle est également compétente lorsqu'une partie à l'affaire demande le renvoi de l'arrêt rendu par une Chambre devant elle (art. 43 CEDH). Une demande de renvoi ne conduit toutefois pas toujours à un examen de l'affaire par la Grande Chambre; la demande est d'abord examinée par un collège de cinq juges qui accepte le renvoi lorsque l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou une question grave de caractère général. En principe, la Grande Chambre ne se saisit d'une affaire que lorsqu'il s'agit de rendre un arrêt de principe.

Si l'arrêt de la Chambre n'est pas renvoyé devant la Grande Chambre sur requête d'une partie déposée dans les 3 mois, ou si la demande de renvoi est rejetée par le collège de cinq juges, il devient définitif (art. 44 CEDH).

L'arrêt rendu par la Grande Chambre est toujours définitif.

iii. Les avis consultatifs (art. 47 CEDH)

La Grande Chambre est également compétente pour examiner les demandes d'avis consultatifs déposées par le Comité des Ministres (art. 31 let. b et art. 47 CEDH).

16.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. *Problèmes particuliers*

- 1° Comparer la nature juridique, l'importance, l'utilité voire l'efficacité de la CEDH par rapport à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
- 2° Un automobiliste suisse a été condamné à payer une amende de Fr. 200.—. Mécontent, il commence par épuiser les voies de recours en Suisse, avant de faire recours devant la Cour européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg. Le représentant de la Suisse s'oppose à ce que la Cour entre en matière sur ce recours : il soutient en effet qu'il s'agit d'une procédure purement administrative, et non d'une procédure civile ou pénale, comme exigé par la CEDH. Le recourant prétend, quant à lui, que cette sanction administrative qu'est l'amende a bel et bien un caractère pénal. La Cour peut-elle entrer en matière sur le recours ? (cf. ATF 115 Ia 183).
- 3° Essayer de retrouver quelques arrêts du Tribunal fédéral parmi les plus récents qui appliquent une des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

b. *Exercice*

- 1° M. Grigou a fait l'objet de plusieurs dénonciations pour avoir commis une série d'infractions pénales. Saisi de l'affaire, M. le Juge d'instruction G. Réson ouvre une enquête et procède à plusieurs mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires (interrogatoires, auditions de témoins, expertises, ...). Renvoyé devant le Tribunal criminel, M. Grigou découvre avec étonnement que le Président du Tribunal qui doit le juger au fond n'est autre que M. G. Réson. Etonné, il se penche vers son avocat et lui demande pourquoi. Son défenseur lui répond qu'on ne peut malheureusement rien faire : c'est la loi cantonale qui détermine qui est juge d'instruction et qui est juge au fond. En l'occurrence, la loi cantonale dit que c'est M. G. Réson qui doit remplir ces deux rôles. Qu'en pensez-vous ? (voir l'ATF 112 Ia 290).
- 2° Après le vote populaire acceptant l'initiative dite anti-minarets, une association de musulmans suisses pratiquants et modérés ont directement saisi la Cour EDH, en invoquant plusieurs articles de la CEDH protégeant la liberté individuelle, la liberté de confession et celle de réunion. L'agent du gouvernement suisse considère qu'il y a un problème de forme. Qu'en pensez-vous ?

§ 17 L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU)

Textes législatifs : Charte des Nations Unies ; Statut de la Cour internationale de Justice ; Statuts de la Cour pénale internationale (CPI).

Bibliographie : Cl.-A. COLLIARD, Institutions des relations internationales, Paris 1990 ; Cl.-A. COLLIARD / L. DUBOUIS, Institutions internationales, Dalloz, Paris, 1992 ; P. WEISS, Les organisations internationales, Paris, 2005 ; G. LACHARRIERE, Les organisations internationales, A. Colin, Paris 1977 ; A. ZARB, Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs membres, Paris 1981 ; site internet : <http://www.un.org/french/>.

17.1 Généralités

a. *L'historique*

L'ONU a été créée en 1945, malgré l'échec constaté de la Société des Nations (SdN) à prévenir la Deuxième Guerre mondiale.

La communauté internationale avait besoin de se pourvoir à nouveau d'institutions internationales chargées d'organiser les relations internationales et de contribuer au bien commun des nations.

La nouvelle organisation avait à reprendre, d'une part, les succès de la SdN (OIT, codification du droit, ...) et à éviter, d'autre part, les erreurs qui y avaient été commises.

Le premier pas eut lieu lors de la signature, par Churchill et Roosevelt, de la Charte de l'Atlantique, le 14 août 1941. Puis il y eut la signature, d'abord par les 25 Etats en guerre contre l'Allemagne et le Japon, de la Déclaration des Nations Unies du 1^{er} janvier 1942. 21 autres Etats la signèrent également par la suite.

Entre août et octobre 1944 se tint la Conférence de Dumbarton Oaks : elle avait pour tâche d'élaborer les « *Propositions de Dumbarton Oaks* », relatives aux tâches, principes et structures applicables aux futures Nations Unies.

Enfin, c'est à la Conférence de San Francisco, qui se tint d'avril à juin 1945, que fut adoptée la Charte des Nations Unies, par les 50 Etats présents, à l'unanimité et sans réserve.

L'ONU compte aujourd'hui 193 Etats membres. Parmi les derniers Etats membres figurent la Suisse, qui y a formellement adhéré avec le Timor Oriental (Timor-Leste), le 10 septembre 2002, le Monténégro, le 28 juin 2006 et le Soudan du Sud, le 14 juillet 2011.

(Voir la liste des membres sous : <http://www.un.org/fr/members/index.shtml>).

b. *La nature juridique de l'ONU*

L'ONU est une organisation internationale, c'est-à-dire une association d'Etats souverains, constituée par traité, dotée d'organes communs et possédant une personnalité juridique en droit international distincte de celle des Etats membres.

Elle a donc la capacité de conclure elle-même des traités internationaux et d'entretenir des relations internationales ordinaires à l'égard de tous les Etats.

Sur le territoire de chacun des Etats membres, elle dispose de la capacité juridique, ainsi que des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour remplir ses objectifs (art. 104 et 105 Charte ; ég. Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13.02.1946).

L'ONU est fondée sur un traité indépendant (Charte des Nations Unies).

A noter qu'hormis la compétence attribuée au Conseil de sécurité de décréter des sanctions (art. 41 et 43, en relation avec l'art. 25 Charte), l'ONU ne présente aucun caractère d'une organisation supranationale.

17.2 Les buts et les principes

a. Les buts

Les buts des Nations Unies figurent à l'art. 1^{er} de la Charte. Ils consistent à :

- 1° Maintenir la paix et la sécurité internationale, à l'aide de mesures collectives efficaces, dans le but d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou de rupture de la paix, ainsi que par des moyens pacifiques, selon les principes de la justice et du droit international.
- 2° Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.
- 3° Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel et humanitaire (respect des droits de l'homme).
- 4° Enfin, être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces buts communs.

b. Les principes

Les principes en vigueur à l'ONU sont définis à l'art. 2 de la Charte, ainsi que dans la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale de l'ONU, du 24 octobre 1970 :

- 1° Egalité souveraine entre les Etats ;
- 2° Observation du principe de la bonne foi dans les relations internationales ;
- 3° Règlement pacifique des différends internationaux ;
- 4° Non recours à la force ;
- 5° Assistance due à l'ONU ;
- 6° Extension aux Etats non membres de ces principes (!) ;
- 7° Respect du domaine réservé, soit des affaires relevant essentiellement de la compétence nationale d'un Etat (à noter que cette réserve générale a été et doit encore être interprétée de façon restrictive).

17.3 Les structures institutionnelles

Les Nations Unies n'ont cessé de se développer d'un point de vue structurel, depuis 1945. Elles comptent des organes principaux et subsidiaires, d'une part, et des institutions spécialisées, d'autre part.

a. Les organes principaux

Ces organes sont énumérés à l'art. 7 ch. 1 de la Charte : une Assemblée générale, un Conseil de sécurité, un Conseil économique et social, un Conseil de tutelle, une Cour internationale de Justice et un Secrétariat.

i. L'Assemblée générale (art. 9 à 22 de la Charte)

Composition :

L'Assemblée générale groupe tous les Etats membres. Elle se réunit une fois par année (session annuelle) et lorsque les circonstances l'exigent (sessions extraordinaires). Les participants sont des représentants des gouvernements, qui agissent sur instructions.

Pour info : le Fribourgeois Joseph Deiss a été élu Président de l'Assemblée générale des Nations Unies pour sa 65^e Session ordinaire, qui s'est ouverte le 14 décembre 2010. Le 15 septembre 2015 s'est ouverte la 70^e session.

Vote :

Les décisions sont prises lors de votes. Selon l'art. 18 de la Charte, chaque membre de l'Assemblée dispose d'une voix.

En principe, la majorité simple suffit. Mais les décisions prises sur des « questions importantes », telles les recommandations relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'élection des membres non permanents du Conseil de sécurité, l'admission de nouveaux membres, l'exclusion de membres, les questions budgétaires, requièrent la majorité des deux tiers.

L'Assemblée comprend également sept grandes commissions spécialisées : désarmement ; économie et finances ; questions sociales et droits de l'homme ; décolonisation ; budget et affaires administratives ; questions juridiques ; et questions politiques.

ii. Le Conseil de sécurité (art. 23 à 32 de la Charte)

Composition :

Le Conseil de sécurité comprend 15 membres, dont 5 permanents (Chine, Etats-Unis, Royaume-Uni, France, Russie) et 10 non-permanents, élus pour deux ans par l'Assemblée générale, selon certaines règles de répartition géographique et politique.

Vote :

Chaque membre y possède une voix. Les questions de procédure sont tranchées à la majorité de 9 voix.

Par contre, les décisions sur les « autres questions » sont prises par un vote affirmatif de 9 de ses membres, dont nécessairement les 5 membres permanents (art. 27, ch. 3 de la Charte). Dès lors, il est facile pour un membre permanent d'empêcher l'adoption d'une résolution (« droit de veto »).

Fonction et compétences :

La fonction principale du Conseil de sécurité est le maintien de la paix et de la sécurité internationale (art. 24 de la Charte). A noter qu'un avis consultatif de la CIJ de 1962, rendu après l'adoption d'une Résolution 377 (V) de l'Assemblée générale (1950) relative à l'Union pour le maintien de la paix (« *Résolution Acheson* »), reconnaît à l'Assemblée générale une compétence « subsidiaire » dans ce domaine : le Conseil de sécurité n'aurait donc qu'une compétence « principale », et non exclusive. Mais ce point de vue est fortement contesté, parce que contraire au texte de la Charte.

Le Conseil de sécurité peut adopter des recommandations, qui n'ont en principe aucun caractère obligatoire, ou prendre des décisions, qui peuvent avoir un caractère obligatoire suivant les cas. Il peut s'agir notamment de sanctions non militaires (art. 41 et 25) et de sanctions militaires (art. 43).

iii. Le Conseil économique et social (ECOSOC ; art. 61 à 72 de la Charte)

L'ECOSOC est composé de 54 membres, élus pour trois ans par l'Assemblée générale. Ses membres sont renouvelés par tiers chaque année.

Il est chargé de la direction et de la coordination des activités des Nations Unies et des institutions spécialisées (économie, social, culturel).

iv. Le Conseil de tutelle (art. 86 à 91 de la Charte)

Le Conseil de tutelle est chargé de veiller à l'exercice de la tutelle, telle qu'elle est définie aux articles 75 à 85 de la Charte.

Il n'a, en pratique, quasiment plus aucun rôle, puisque les territoires qui avaient été placés sous tutelle sont devenus indépendants et que la tutelle n'a plus de raison d'être.

v. La Cour internationale de Justice (CIJ ; art. 92 à 96 de la Charte)

La notion :

La CIJ est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle joue un rôle primordial dans le système de maintien de la paix et de la sécurité internationale et notamment dans son mécanisme de règlement pacifique des différends.

Jusqu'à tout récemment (création de la Cour Pénale Internationale, CPI), elle était la seule juridiction permanente à caractère universel.

Le Statut de la CIJ :

L'organisation et le fonctionnement de la CIJ sont prévus dans le Statut de la Cour internationale de Justice. Ce Statut, adopté par un Comité de juristes provenant de 44 pays en 1945, à Washington, fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies. En tant que tel, il ne peut être modifié par la CIJ elle-même, et ne peut être amendé qu'en application des articles 108 et 109 de la Charte, ainsi que 69 et 70 du Statut.

Le rôle et les compétences de la Cour :

La CIJ est un organe judiciaire indépendant. Elle a pour rôle de régler les différends internationaux qui lui sont soumis. Pour ce faire, elle applique le droit international (art. 38 du Statut).

La CIJ rend également des avis consultatifs.

Les Etats soumis à la juridiction de la CIJ :

Tous les Etats membres des Nations Unies sont « *ipso facto* » Parties au Statut de la CIJ (art. 93, ch. 1 de la Charte), afin de garantir l'universalité de la Cour. Ils sont donc tous automatiquement soumis à la juridiction de la Cour.

Mais les Etats non membres des Nations Unies (comme l'a été la Suisse jusqu'à tout récemment) peuvent également être Parties au Statut, et donc soumis à la juridiction de la Cour, s'ils remplissent les conditions prévues à l'article 93, ch. 2 de la Charte, à savoir les conditions déterminées, au cas par cas, par l'Assemblée générale, sur recommandation du Conseil de sécurité.

NB: Les trois conditions imposées et acceptées par la Suisse avant son adhésion étaient :

- acceptation des dispositions du Statut de la CIJ ;
- acceptation de toutes les obligations qui en découlent pour un membre des Nations Unies (art. 94 de la Charte) ;
- engagement de verser la contribution aux frais de la Cour, dont le montant est fixé équitablement par l'Assemblée générale.

En contrepartie, la Suisse pouvait :

- participer à l'élection des juges, à l'Assemblée générale ;
- y présenter des candidats ;
- et participer à une éventuelle procédure d'amendement du Statut de Cour.

A noter que, selon un principe de droit international général, aucun Etat ne peut être attiré devant la Cour par un autre Etat, sans son consentement : dès lors, pour que la Cour soit compétente, il faut qu'il y ait acceptation de sa compétence par les Etats. Les Etats peuvent toutefois souscrire à une clause (facultative) de juridiction obligatoire. En conséquence, la compétence de la Cour est facultative, lorsque les parties aux différends l'établissent postérieurement à la naissance du différend, et elle est obligatoire, lorsque les parties l'ont prévue avant la naissance du différend.

vi. Le secrétariat (art. 97 à 101 de la Charte)

Le secrétariat est composé d'un Secrétaire général, qui est le plus haut fonctionnaire de l'Organisation et est élu par l'Assemblée générale pour 5 ans sur recommandation du Conseil de sécurité, et du personnel mis à disposition de l'ONU.

Le Secrétaire général actuel, élu le 13 octobre 2006, le Sud-Coréen Ban KI-MOON est le huitième à occuper la fonction. Il a remplacé le Ghanéen Kofi ANNAN le 1^{er} janvier 2007 et accomplit son 2^e mandat depuis 2012. Le Secrétaire général remplit une fonction administrative et une fonction politique (initiative et médiation).

NB : le Fribourgeois Nicolas Michel, ancien Professeur de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, a exercé de 2004 à 2008, la fonction de Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'ONU.

Le siège de l'ONU est à New York. Il existe deux offices, à Genève (Suisse) et à Vienne (Autriche).

b. Les organes subsidiaires

Les organes subsidiaires sont des émanations des organes principaux, destinés à faire face au développement de leurs activités. Ils font parties intégrante des Nations Unies, mais sont dépourvus de la personnalité juridique.

A titre d'exemples, on trouve, parmi les organes subsidiaires de l'Assemblée générale :

- la Commission du Droit International (CDI), composée de 34 juristes et chargée de contribuer au développement progressif du droit international et à sa codification ;
- la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ;
- le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) ;
- le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) ;
- le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR).

c. Les institutions spécialisées

Les institutions spécialisées sont des organismes créés par des accords intergouvernementaux et dotés d'attributions internationales étendues dans les domaines économiques, sociaux, culturels, intellectuels, éducatifs et sanitaires (art. 57 de la Charte). En règle générale, les institutions spécialisées sont dotées de la personnalité juridique.

Les institutions spécialisées sont :

- l'Organisation internationale du Travail (OIT) ;
- l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) ;
- l'Organisation maritime internationale (OMI) ;
- l'Union postale universelle (UPU) ;
- l'Union internationale des télécommunications (UIT) ;
- l'Organisation météorologique mondiale (OMM) ;

- l’Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle (OMPI) ;
- l’Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) ;
- la Banque mondiale, qui comprend :
 - le FMI (Fonds monétaire international) ;
 - la BIRD (Banque internationale pour la reconstruction et le développement) ;
 - l’IDA (Association internationale pour le développement) ;
 - la SFI (Société financière internationale) ;
 - le GCRAI (Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale).

L’Agence internationale de l’Energie atomique (AIEA) est une institution apparentée à l’ONU.

L’OMC (Organisation mondiale du commerce) et l’OMT (tourisme), sont des organisations qui ne dépendent pas de l’ONU, mais qui y sont associées.

Enfin, le FIDA (Fonds international de développement agricole) n’est pas une organisation en tant que telle, mais un fonds rattaché à l’ONU.

Excursus : le programme de réformes de l’ONU :

Depuis quelques années, l’ONU évolue. Elle a actuellement lancé un vaste programme de réformes destinées à faire que l’ONU devienne un instrument plus efficace pour atteindre ses buts et faire face aux nouveaux défis mondiaux.

Les réformes prévues portent notamment sur :

- 1° l’amélioration du fonctionnement et de la gestion des structures de l’ONU ; l’objectif consiste notamment à améliorer le contrôle interne, à favoriser l’application du principe de responsabilité et le respect de la déontologie par les fonctionnaires, à augmenter les performances de la haute direction et à accroître la transparence de l’Organisation ;
- 2° la modification en profondeur des mécanismes de protection des droits de l’homme, en réformant notamment la Commission des droits de l’homme, sa composition et son fonctionnement, afin de rendre l’action de l’ONU plus efficace en la matière ;
- 3° la re-dynamisation de l’action de l’Assemblée générale, ainsi que la réforme de la composition et du fonctionnement du Conseil de sécurité, afin de le rendre plus représentatif du monde actuel.

17.4 L’appartenance à l’ONU

La qualité de membre des Nations Unies est réglée par les articles 3 à 6 de la Charte.

17.5 La Cour pénale internationale (CPI)

Cf. § 15, chiffre 15.3, let. c.

17.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

§ 18 L'UNION EUROPEENNE (UE)

Textes législatifs : Traité sur l'Union européenne et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité de Lisbonne)

Bibliographie : Juris-Classeur Europe, vol. I à VI, notamment vol. I et VI ; J. RIDEAU, Droit institutionnel de l'Union européenne, LGDJ, Paris, 2010 ; J.-V. LOUIS / T. RONSE, L'ordre juridique de l'Union européenne, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 2005 ; G. ISAAC / M. BLANQUET, Droit général de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 2006 ; D. SIMON, Le système juridique communautaire, Paris, 2001 ; B. DUBEY, La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse, Systèmes, enjeux et conséquences, Bâle / Bruxelles / Paris 2002 ; site internet : <http://europa.eu.int/>.

18.1 L'importance pratique de l'UE

L'Union européenne (UE) est la première puissance économique mondiale, devant les Etats-Unis. Elle compte actuellement 28 Etats membres, et environ 500 millions d'habitants.

L'Union est aussi, de loin, le premier partenaire économique et commercial de la Suisse. Le récent élargissement a encore conforté cette position.

Entre 1999 et 2002 (UE-15), entre 60 et 62,5 % des exportations suisses étaient destinés à l'UE (AELE : 0,5 %) ; dans le même temps, entre 79,7 et 80,4 % de nos importations provenaient de l'UE. A l'heure actuelle, malgré les intenses efforts de diversification déployés par la Suisse, l'UE (UE-27) reste le 1er partenaire économique de la Suisse, avec, selon les années, de 59 à plus de 60 % des exportations suisses et plus de 79% de ses importations

En outre, les investissements suisses dans l'UE équivalaient à environ 48 % de l'ensemble des investissements suisses à l'étranger, et, à l'inverse, plus de 61 % des investissements étrangers effectués en Suisse provenaient de l'UE.

De plus, en 2002, 56,4 % des étrangers résidents en Suisse étaient citoyens de l'UE ou d'un pays membre de l'AELE; en 2012, ce taux est monté à plus de 60% des étrangers résidents (soit env. 1'188'000 personnes en 2012). En 2002, 59,5 % des Suisses vivant à l'étranger résidaient sur le territoire de l'Union (et 1 % sur le territoire d'un Etat de l'AELE). En 2012, sur 715'710 Suisses résidants à l'étranger, 442'400 résidaient en Europe (soit 62 %).

Enfin, d'un point de vue strictement juridique, lors de révisions de lois fédérales, la Suisse reprend régulièrement des pans entiers de droit de l'UE pour son propre compte, sous forme de réglementation (loi et ordonnance) fédérale, soit en raison des engagements contractés par le biais des Accords bilatéraux, soit de manière strictement autonome et libre, (« réception matérielle » ou reprise autonome du droit de l'UE dans l'ordre juridique suisse ; « *autonome Nachvollzug* »).

18.2 L'évolution de l'UE

a. Un processus évolutif : bref historique

La première étape fut la signature du traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1951, suivie de l'échec de la Communauté Européenne de Défense (CED) en 1954.

En 1957, c'est la signature du Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne (CEE).

En 1972, l'Europe des Six s'est agrandie avec l'adhésion de la Grande-Bretagne, de l'Irlande et du Danemark.

La CEE s'est encore développée, en 1981, avec l'arrivée de la Grèce, et en 1986 avec l'adhésion de l'Espagne et du Portugal. On parle désormais de l'Europe des Douze.

En 1986, la signature de l'Acte Unique Européen (AUE) a donné une nouvelle impulsion. En effet, malgré les diverses étapes d'élargissement de la CEE, les pays membres constatèrent, en 1986, qu'il n'avait toujours pas institué un véritable marché unique et que de multiples barrières (physiques, techniques et fiscales) subsistaient. Afin de les éliminer dans un délai raisonnable, il était nécessaire de changer de méthode de travail. Avec l'adoption de l'AUE, les Etats membres décidèrent donc d'établir le marché intérieur et, selon l'art. 13 du Traité, arrêtaient les mesures qui ont permis d'établir ce marché dès la fin 1992. L'AUE apportait également des modifications sur des points institutionnels essentiels, tels que les pouvoirs du Parlement et l'application de la règle de l'unanimité. Il établissait également les bases de l'union économique et monétaire (UEM), qui va déboucher sur la naissance de la monnaie unique et de l'euro.

En 1992, le Traité de Maastricht institue l'Union Européenne (UE). On parle dorénavant de la Communauté Européenne (CE), et non plus des Communautés. L'Union européenne est effectivement une nouvelle structure qui ne supprime pas la CE, mais se superpose à elle : la CE constitue désormais le 1^{er} pilier de l'UE, qui en comporte encore deux autres : le 2^{ème} pilier (Politique étrangère et de sécurité commune ; PESC) et le 3^{ème} pilier (Justice et Affaires intérieures ; JAI). Pour plus de détails sur son contenu et les nouveautés apportées, voir ci-dessous, let. B.

En 1995, trois nouveaux membres (Autriche, Finlande, Suède) ont été admis dans l'Union européenne ; on parle désormais de l'Europe des Quinze.

Le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 modifia sensiblement les compétences de la Communauté et de l'Union, et innova avec des nouveautés telles que la possibilité, pour les Etats membres, d'initier des coopérations renforcées, sous certaines conditions. Il ne répondit en revanche pas aux attentes en matière de réforme des institutions de l'UE. Pour plus de détails, voir ci-dessous, let. C.

Les enjeux majeurs du Traité de Nice, du 26 février 2001 (enfin ratifié par l'Irlande, le 20 octobre 2002) consistaient dans la préparation de l'élargissement de l'UE à 10 nouveaux membres (dans un premier temps) en 2004, dans la réforme de son système financier (régime des ressources propres) et de la planification des dépenses, ainsi que dans la réforme des institutions qui avait échoué à Amsterdam. Ces deux dernières réformes globales étaient et sont encore nécessaires non seulement en raison de l'élargissement prévu, mais encore en raison de l'augmentation sensible, ces deux dernières décennies, des compétences de l'UE et de la CE. Le succès ne fut que partiel, dans la mesure où l'élargissement est désormais possible pour les 10 nouveaux Etats membres admis, mais les réformes nécessaires et attendues en matières financière et institutionnelle, bien qu'entamées, n'ont finalement pas été à la hauteur des attentes.

10 nouveaux Etats membres ont adhéré en 2004. Ce sont (dans l'ordre alphabétique) : Chypre ; Estonie ; Hongrie ; Lettonie ; Lituanie ; Malte ; Pologne ; République tchèque ; Slovaquie ; Slovénie (soit plus de 75 mio d'habitants supplémentaires).

L'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie, a eu lieu en 2007 (soit près de 30 mio hab.), et celle de la Croatie le 1er juillet 2013. L'UE compte désormais 28 Etats membres et 24 langues officielles.

Récemment, il a été décidé d'ouvrir des négociations avec la Turquie, mais il ne faut pas s'attendre à une adhésion prochainement. A l'heure actuelle, la Serbie est également candidate, comme l'Islande, la Macédoine (*FYROM Former Yugoslavia Republic of Macedonia*) et le Monténégro.

A noter encore que le traité CECA, conclu pour une durée de 50 ans, a expiré le 23 juillet 2002. Son patrimoine a été transféré à la CE, qui devra l'affecter à la recherche dans le secteur du charbon et de l'acier.

b. Le Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne, TUE)

Adopté par les chefs d'Etat le 11 décembre 1991, le Traité fut signé le 7 février 1992 par les Ministres représentant les Etats membres. Le Traité, ratifié par les Etats membres a suscité d'importantes oppositions « souverainistes » (en raison de son contenu très « intégrateur » ; cf. les référendums au Danemark et en France ; et l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande), mais est finalement entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

Matériellement, les buts principaux du Traité étaient d'établir une union politique et une union économique et monétaire :

1° Une union politique :

L'union politique des Etats membres est favorisée de la manière suivante :

- une politique étrangère et de sécurité commune (les Etats membres doivent s'efforcer d'établir une politique de défense commune) ;
- une citoyenneté de l'Union accordant le droit de vote aux ressortissants de l'Etat membre, quel que soit leur lieu de domicile, aux élections municipales et aux élections européennes ;
- l'élargissement des compétences de la CE dans le respect du principe de subsidiarité ;
- la promotion de l'Europe sociale (art. 117 CE) ;
- la promotion de la coopération des Etats membres dans le domaine judiciaire, de la toxicomanie, de la fraude internationale et des politiques d'immigration ;
- la promotion de la légitimité démocratique dans la CE (pouvoirs du Parlement ; légitimité de la Commission ; partage des compétences entre les autorités communautaires et les autorités nationales et régionales) ;
- l'importance croissante du Conseil européen, institution composée des chefs d'Etat des Etats membres, qui se réunit deux fois par an, lors de « sommets », à chaque changement de présidence de l'Union (tous les 6 mois).

2° Une union économique et monétaire (UEM) :

Dans le traité de Maastricht, les Etats membres se sont mis d'accord sur la mise en place, par étapes, d'une monnaie unique :

- la première étape, qui a consisté à permettre la libre circulation des capitaux à l'intérieur de la Communauté, a commencé le 1^{er} juillet 1990, s'est achevée le 31 décembre 1993 par la mise en place du marché intérieur ;
- la deuxième étape, qui a commencé le 1^{er} janvier 1994, a consisté en une période de transition et de convergence des politiques économiques et monétaires des Etats membres. Depuis cette date, l'Institut monétaire européen (IME) – future banque centrale européenne – était en fonction à

- Francfort. Il était dirigé par un conseil composé d'un président, d'un vice-président et des gouverneurs des banques centrales des Etats membres. Il a élaboré les instruments et les procédures nécessaires à l'application de la politique monétaire unique dès la troisième phase;
- la troisième étape, enfin, a commencé le 1^{er} janvier 1999 et consistait dans le lancement, pour onze, puis douze (la Grèce) États de l'Union, d'une monnaie commune : l'euro, gérée par la nouvelle Banque centrale européenne (BCE), elle-même secondée par le Système européen des banques centrales (SEBC). A noter que les pièces et les billets en euro n'ont été mis en circulation qu'à partir du 1^{er} janvier 2002. Depuis ce jour, ils ont cours légal dans tous les Etats membres (ne sont notamment pas inclus le Royaume-Uni, le Danemark et la Suède) participant à l'UEM.

c. *Le Traité d'Amsterdam*

Les travaux de la Conférence intergouvernementale (CIG) de 1996, portant notamment sur la réforme des institutions communautaires et la mise à jour des traités ont abouti, en 1997, à l'élaboration du traité d'Amsterdam, qui fut signé le 2 octobre 1997 et qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

Le traité d'Amsterdam poursuivait deux objectifs principaux : D'abord, une refonte complète des traités CE et UE, comprenant une mise à jour intégrale et une renumérotation complète des dispositions des deux textes. Ensuite, un certain renforcement des compétences de la Communauté et de l'Union, le transfert de domaines du champ d'application du TUE dans celui du TCE (visas, asile, immigration, et politiques liées à la libre circulation des personnes), ainsi que la mise en place par les deux traités (art. 11 TCE et 43 TUE) de procédures de « coopération renforcée » entre États membres dans certains domaines et sous certaines conditions (« *Europe à géométrie variable* »).

La structure du traité d'Amsterdam se présentait ainsi :

- Titre I : Dispositions communes : art. 1 à 7 TUE ;
- Titre II : Dispositions modifiant le TCE : art. 8 TUE, qui comprend les art. 1 à 314 TCE ;
- Titre III : Dispositions modifiant le traité CECA : art. 9 TUE ;
- Titre IV : Dispositions modifiant le traité CEEA : art. 10 TUE ;
- Titre V : Dispositions concernant la PESC : art. 11 à 28 TUE ;
- Titre VI : Dispositions concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale : art. 29 à 42 TUE ;
- Titre VII : Dispositions sur la coopération renforcée : art. 43 à 45 TUE ;
- Titre VIII : Dispositions finales : art. 46 à 53 TUE.

d. *Le traité de Nice*

En décembre 2000 a eu lieu le « sommet » de Nice, qui a abouti à la signature du traité de Nice, le 26 février 2001.

Les principales modifications et réformes institutionnelles apportées en vue de l'élargissement seront évoquées ci-dessous (ch. 18.3).

Pour le reste, les décisions les plus importantes prises à Nice concernent :

- l'extension immédiate du vote à la majorité qualifiée à de nouveaux domaines (libre circulation des citoyens ; coopération judiciaire civile ; accords internationaux sur les services et la propriété intellectuelle [cf. le GATS et le TRIPs] ; politique industrielle ; ...) ; partiellement et dès 2004, voire 2007, pour d'autres domaines ;
- l'extension du champ d'application de la codécision entre le Parlement et le Conseil de l'Union ;
- la refonte et la simplification des conditions et procédures pour initier une coopération renforcée, ainsi que la faculté d'en initier dans les 3 piliers de l'UE.

e. Le projet de Constitution européenne

Une Convention européenne sur l'avenir de l'Europe a été créée, en décembre 2001, à l'issue du Conseil européen de Laeken. Elle avait pour but de réfléchir sur les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Union, de rechercher les solutions envisageables et de proposer des réformes allant dans ce sens. Les questions qui devaient être traitées étaient : une meilleure répartition des compétences dans l'UE ; une simplification des instruments de l'UE ; davantage de démocratie, de transparence et d'efficacité ; une simplification du système des traités et l'examen de la question de l'adoption d'une éventuelle Constitution européenne (cf. la Déclaration de Laeken, du 15 déc. 2001). La Convention a été présidée par le Français Valéry Giscard d'Estaing, secondé par l'Italien Giuliano Amato et par le Belge Jean-Luc Dehaene. Elle était composée de 15 représentants des Gouvernements et des Chefs d'Etats membres, de 13 représentants des Gouvernements et des Chefs d'Etats candidats, de 30 représentants des parlements nationaux des Etats membres, de 26 représentants des parlements nationaux des Etats candidats, de 16 représentants du Parlement européen, et de 2 représentants de la Commission.

La Convention a terminé ses travaux et rendu son Projet de traité constitutionnel (« Constitution ») en juin 2003. Ce projet a été examiné et commenté par la Commission européenne en automne 2003 (art. 48 TUE). La Conférence intergouvernementale (CIG) de décembre 2003 n'a pas pu aboutir à un accord et l'adoption de la Constitution a été renvoyée à la CIG suivante.

Le texte de la Constitution européenne a finalement été adopté à la CIG de juin 2004. Il devait encore être ratifié par tous les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives (approbation parlementaire et/ou referendum), pour pouvoir entrer en vigueur.

Plusieurs Etats ont refusé la ratification par referendum.

En juin 2007, les Chefs d'Etats et de gouvernements des Etats membres de l'UE ont décidé de lancer une nouvelle CIG, dont le but est de préparer, puis d'adopter un nouveau traité modificatif, destiné à remplacer le traité constitutif, pour relancer la construction européenne. En 2008, un Etat membre, l'Irlande, a refusé le Traité lors d'un référendum.

f. Le Traité de Lisbonne

Le traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Il s'agit d'une version « light » du traité constitutionnel. Globalement, il maintient l'essentiel des réformes et modifications matérielles prévues dans la Constitution, mais supprime un certain nombre de références ou symboles donnant l'impression que l'UE tendrait à devenir un véritable Etat. Il supprime notamment le système dit des trois piliers (il n'existe désormais plus cote à cote une Communauté européenne (CE) et une UE, mais seulement une Union européenne). Il redéfinit partiellement le rôle des institutions de l'UE (accroissement des pouvoirs du Parlement et du Conseil) et améliore le processus décisionnel. Il crée de nouveaux organes (voir ci-après). Il profile un peu mieux l'UE au regard de l'extérieur. Etc.

« Le traité modifie les traités CE et UE en vigueur jusque là, mais ne les remplace pas. Il dote l'Union du cadre juridique et des moyens nécessaires pour faire face aux enjeux futurs et répondre aux attentes des citoyens.

Une Europe plus démocratique et plus transparente : le Parlement européen et les parlements nationaux voient leur rôle renforcé, les citoyens peuvent plus facilement faire entendre leur voix et il est plus aisé de savoir qui fait quoi au niveau européen et national.

Un rôle renforcé pour le Parlement européen : directement élu par les citoyens de l'UE, le parlement européen se voit octroyer de nouveaux pouvoirs importants dans le domaine de la législation, du budget et des accords internationaux. En particulier, le recours accru à la procédure de codécision permet de le placer sur un pied d'égalité avec le Conseil – qui représente les États membres – pour la majeure partie des actes législatifs européens.

La participation accrue des parlements nationaux : les parlements nationaux peuvent davantage participer aux travaux de l'UE, grâce notamment au principe de subsidiarité selon lequel l'Union intervient seulement si les objectifs de l'action envisagée peuvent être mieux atteints au niveau européen. Cette participation accrue, ainsi que le poids plus important conféré au Parlement européen permettent de renforcer la légitimité et le caractère démocratique du fonctionnement de l'Union.

La possibilité pour les citoyens de mieux se faire entendre : grâce au droit d'initiative citoyenne, un million de citoyens originaires de différents États membres peuvent demander à la Commission de présenter de nouvelles propositions.

Qui fait quoi : les relations entre les États membres et l'Union européenne gagnent en clarté grâce à une classification précise des compétences.

Le retrait de l'Union : le traité de Lisbonne prévoit explicitement, pour la première fois, la possibilité pour un État membre de se retirer de l'Union.

Une Europe plus efficace : l'UE se dote de méthodes de travail et de règles de vote simplifiées et d'institutions modernes permettant le bon fonctionnement d'une Union à 27 et sa capacité d'action est améliorée dans les domaines qui figurent aujourd'hui au premier rang de ses priorités.

Un processus décisionnel efficace : le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil est étendu à de nouveaux domaines politiques afin d'accroître l'efficacité et la rapidité de la prise de décisions. À compter de 2014, le calcul de la majorité qualifiée se fondera sur le principe de la double majorité – des États et de la population – reflétant ainsi la double légitimité qui caractérise l'Union. La double majorité sera atteinte avec le vote favorable d'au moins 55 % d'États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union.

Un cadre institutionnel plus stable et plus simple : le traité de Lisbonne prévoit de créer un poste de président du Conseil européen élu pour un mandat de deux ans et demi, il établit un lien direct entre l'élection du président de la Commission et les résultats des élections européennes, contient de nouvelles dispositions pour la composition future du Parlement européen et précise les règles concernant la coopération renforcée et les dispositions financières.

Améliorer la vie des Européens : le traité de Lisbonne renforce la capacité d'action de l'UE dans plusieurs domaines qui figurent aujourd'hui au premier rang de ses priorités et de celles de ses citoyens, comme la liberté, la sécurité et la justice, la lutte contre le terrorisme et la criminalité. Il traite également, dans une certaine mesure, d'autres domaines comme la politique énergétique, la santé publique, la protection civile, le changement climatique, les services d'intérêt général, la recherche, l'espace, la cohésion territoriale, la politique commerciale, l'aide humanitaire, le sport, le tourisme et la coopération administrative.

Une Europe des droits et des valeurs, de la liberté, de la solidarité et de la sécurité, qui promeut les valeurs de l'Union, intègre la Charte des droits fondamentaux dans le droit européen primaire, prévoit de nouveaux mécanismes de solidarité et garantit une meilleure protection des citoyens européens.

Valeurs démocratiques : le traité de Lisbonne détaille et renforce les valeurs et les objectifs sur lesquels repose l'Union. Ces valeurs doivent servir de référence aux citoyens européens et montrer ce que l'Europe a à offrir à ses partenaires dans le monde.

Droits des citoyens et Charte des droits fondamentaux : le traité de Lisbonne préserve les droits existants tout en introduisant de nouveaux. Il garantit notamment les libertés et principes énoncés dans la charte et leur confère une valeur juridiquement contraignante. Il traite des droits civiques, politiques, économiques et sociaux.

Liberté des citoyens européens : le traité de Lisbonne préserve et renforce les « quatre libertés » ainsi que les libertés politiques, économiques et sociales des citoyens européens.

Solidarité entre les États membres : le traité de Lisbonne dispose que l'Union et ses États membres agissent de manière solidaire si un État membre est la cible d'un attentat terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine. Il met également l'accent sur la solidarité dans le domaine de l'énergie.

Une sécurité accrue pour tous : l'Union voit ses compétences renforcées en matière de liberté, de sécurité et de justice et peut ainsi lutter plus efficacement contre la criminalité et le terrorisme. De nouvelles dispositions sur la protection civile, l'aide humanitaire et la santé publique visent également à renforcer la capacité de l'Union à faire face aux menaces pesant sur la sécurité de ses citoyens.

L'Europe en tant qu'acteur sur la scène mondiale : les instruments de politique extérieure de l'Union sont regroupés, tant en ce qui concerne l'élaboration que l'adoption de nouvelles politiques. Le traité de Lisbonne permet à l'Europe de se faire clairement entendre auprès de ses partenaires mondiaux. Il met sa puissance économique, politique, diplomatique et humanitaire au service de ses intérêts et

de ses valeurs dans le monde, tout en respectant les intérêts particuliers des États membres en matière de politique étrangère.

La nomination d'un haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, qui est également vice-président de la Commission, renforce le poids, la cohérence et la visibilité de l'action extérieure de l'UE.

Le Haut représentant est épaulé par un nouveau service européen pour l'action extérieure.

L'Union est dotée d'une personnalité juridique unique, ce qui renforce son pouvoir de négociation, la rend plus efficace sur la scène internationale et fait d'elle un partenaire plus visible aux yeux des pays tiers et des organisations internationales.

Les avancées en matière de politique européenne de sécurité et de défense préserveront certaines modalités de décision spécifiques, mais faciliteront également une coopération renforcée au sein d'un groupe restreint d'États membres. »

(cf. http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_fr.htm)

18.3 Les institutions de l'Union européenne

a. Le Conseil de l'Union (art. 16 TUE ; art. 237 ss TFUE)

Le Conseil est une instance de décision essentielle de l'UE. Il négocie et adopte les nouveaux actes législatifs de l'UE, les adapte si nécessaire et coordonne les politiques.

À chaque lecture, la proposition passe par trois niveaux au Conseil, dans l'ordre :

- le groupe de travail ou comité (cf. ci-dessous, ch. v.)
- le Comité des représentants permanents (Coreper ; ci-dessous, ch. iv.))
- la formation du Conseil (Ministres ; chiffres i, ii, iii).

De cette façon, la proposition fait l'objet d'un examen technique au niveau du groupe, une responsabilité politique est exercée au niveau des ministres à l'égard de cette proposition, et un examen se déroule aussi au sein du Coreper, au niveau des ambassadeurs, qui allient expertise technique et réflexion politique.

i. La composition

Le Conseil de l'Union (ex Conseil des Ministres) est constitué des ministres représentant des gouvernements des États membres. Sa composition varie en fonction des sujets traités (agriculture, finances, transports, tourisme, industrie, ...). Il comprend en tout 10 formations. Il s'agit en réalité plutôt d'un « ensemble institutionnel » qui va du groupe de travail du Conseil (fonctionnaires nationaux spécialisés et experts nationaux ; cf. ci-dessous) jusqu'au Conseil des ministres proprement dit, en passant par le COREPER (cf. ci-dessous).

Le Conseil est présidé à tour de rôle par chaque État membre pour une période de six mois (de janvier à juin, et de juillet à décembre), selon un ordre préétabli (art. 16 § 9 TUE et 236 TFUE). La Présidence du Conseil joue un rôle primordial dans l'organisation des travaux de l'institution, notamment dans l'impulsion du processus de décision législatif et politique. Elle est chargée d'organiser et de présider l'ensemble des réunions, y compris les nombreux groupes de travail ainsi que d'élaborer des compromis. Le calendrier des présidences jusqu'à 2020 est le suivant :

<p>Espagne janvier-juin 2010 Belgique juillet-décembre 2010 Hongrie janvier-juin 2011 Pologne juillet-décembre 2011 Danemark janvier-juin 2012 Chypre juillet-décembre 2012 Irlande janvier-juin 2013 Lituanie juillet-décembre 2013 Grèce janvier-juin 2014 Italie juillet-décembre 2014 Lettonie janvier-juin 2015</p>	<p>Luxembourg juillet-décembre 2015 Pays-Bas janvier-juin 2016 Slovaquie juillet-décembre 2016 Malte janvier-juin 2017 Royaume-Uni juillet-décembre 2017 Estonie janvier-juin 2018 Bulgarie juillet-décembre 2018 Autriche janvier-juin 2019 Roumanie juillet-décembre 2019 Finlande janvier-juin 2020</p>
--	--

ii. Les compétences

C'est le Conseil de l'Union qui détient en principe le pouvoir législatif. Mais, depuis la signature du Traité de Maastricht, cette compétence est de plus en plus souvent exercée avec le Parlement européen. Les traités suivants et notamment celui de Lisbonne ont encore accru cette tendance.

Dans la grande majorité des cas, le Conseil décide sur proposition de la Commission européenne et en association avec le Parlement européen, soit par une procédure de consultation, soit en codécision. Cette dernière procédure, qui donne le maximum de pouvoir au Parlement, est devenue la norme depuis le traité de Lisbonne (et la Constitution), et s'appelle désormais « procédure législative ordinaire ».

La procédure législative ordinaire, également appelée auparavant "codécision", s'applique à environ 85 domaines d'action de l'UE, qui vont de la lutte contre les discriminations à la politique commune de l'immigration. La plupart des actes juridiques de l'UE négociés selon cette procédure sont adoptés en première lecture.

iii. La prise de décisions

Le Conseil décide par un vote des ministres des Etats membres. Il y a trois modalités de vote, en fonction de ce que le traité prévoit pour les sujets concernés : la majorité simple (vote favorable de 15 Etats membres, pour les décisions de procédure), la majorité qualifiée (vote favorable de 55 % des États membres, pour la majorité des domaines de décisions) ou l'unanimité (tous les votes sont favorables ; p. ex. pour les domaines de la politique étrangère, de la défense, et de la fiscalité). Le traité de Lisbonne a réduit encore le nombre de cas de prise de décision à l'unanimité, qui est devenue exceptionnelle, et augmenté en conséquence le nombre de cas de prise de décision à la majorité qualifiée, qui est devenue la norme.

Selon l'ancien système de la majorité qualifiée (avant 2014), la majorité se déterminait non pas par tête, mais sur la base des voix attribuées à chaque Etat membre (pondération des voix), selon un savant calcul tenant compte de l'importance politique, démographique et économique des Etats.

Répartition des voix par État :

Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni	29
Espagne, Pologne	27
Roumanie	14
Pays-Bas	13

Belgique, République tchèque, Grèce, Hongrie, Portugal	12
Autriche, Bulgarie, Suède	10
Danemark, Irlande, Lituanie, Slovaquie, Finlande, Croatie	7
Chypre, Estonie, Lettonie, Luxembourg, Slovénie	4
Malte	3
TOTAL	352

Lors des votes, le mode de scrutin à la «majorité qualifiée» s'appliquait. La majorité qualifiée était atteinte si :

- une majorité des 28 États membres donnait son approbation (dans certains cas une majorité des deux tiers) ;
- un minimum de 260 voix sur 352 était exprimé.

En outre, un État membre pouvait demander la confirmation que les voix favorables représentaient au moins 62 % de la population totale de l'Union. Si tel n'était pas le cas, la décision n'était pas adoptée.

Lors de votes sur des questions délicates, comme la sécurité, les affaires extérieures ou la fiscalité, le Conseil devait prendre ses décisions à l'unanimité. Cela signifie qu'un seul pays pouvait opposer son veto.

À partir du 1er novembre 2014, un système appelé «règle de la double majorité» a été introduit : selon cette procédure, lorsque le Conseil vote sur une proposition de la Commission ou du Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, la majorité qualifiée est atteinte si deux conditions sont remplies :

- **55 % des États membres** ont exprimé un vote favorable (soit **16 sur 28**) ;
- la proposition est soutenue par des États membres représentant **au moins 65 % de la population totale de l'UE**.

Une « minorité de blocage » est toujours possible : elle doit comprendre au moins 4 États membres du Conseil représentant plus de 35 % de la population de l'UE.

iv. Le COREPER (art. 16 § 7 TUE)

Le COREPER est un comité composé des représentants permanents des États membres. Il est chargé de préparer les travaux du Conseil, d'exécuter les mandats que le Conseil lui confie et peut même adopter certaines décisions procédurales lorsque c'est prévu par le Règlement intérieur du Conseil.

v. Les groupes de travail et les comités

Plus de 150 groupes et comités contribuent à préparer les travaux des ministres qui examinent les propositions dans les différentes formations du Conseil. Ces groupes et comités sont composés de fonctionnaires de tous les États membres. Ils préparent le travail et les projets législatifs en recherchant le plus large consensus possible, avant de transférer le dossier au COREPER.

b. La Commission (art. 17 TUE ; art. 244 ss TFUE)

i. La composition

Actuellement 28 membres, soit des personnes indépendantes et compétentes désignées par les Etats membres et dont la nomination est approuvée par le Parlement européen pour 5 ans. Elle fonctionne selon le principe de la collégialité (cp. Conseil fédéral suisse). La Commission, en tant que collège, est responsable devant le Parlement européen.

Son Président actuel est M. Jose Manuel Durao Barroso, du Portugal. Ce dernier a été reconduit dans ses fonctions en automne 2009. Son deuxième mandat se terminera à la fin 2014. A compter de cette date, ce sera le nouveau Président M. Jean-Claude Juncker (Luxembourg) et son équipe qui prendront leurs fonctions.

Le Président de la Commission :

- définit les orientations dans le cadre desquelles la Commission exerce sa mission,
- décide de son organisation interne afin d'assurer la cohérence, l'efficacité et la collégialité de son action,
- nomme des vice-présidents autres que le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, parmi les membres de la Commission parmi les membres du Collège.

ii. Les compétences

La Commission jouit :

- de compétences de gestion (compétences exécutives) ;
- de compétences législatives par délégation du Conseil de l'Union ;
- du droit d'initiative (exclusif) pour proposer de nouvelles règles (art. 17 § 2 TUE) ;
- d'un pouvoir de décision et de sanction en tant qu'autorité administrative (par exemple en droit de la concurrence).

iii. Les décisions

La Commission prend ses décisions à la majorité.

c. Le Parlement européen (art. 14 TUE ; art. 223 ss TFUE)

i. La composition :

Le Parlement européen (PE) compte 751 (750 + le Président) membres élus au suffrage universel, simultanément dans l'ensemble des Etats membres, pour une durée de 5 ans. C'est le seul organe qui émane directement du peuple européen (mais ce n'est pas le seul organe démocratique !). Les élections européennes ont eu lieu pour la première fois en 1979. Son président actuel (depuis janvier 2012) est l'Allemand Martin Schulz. Le PE siège à Bruxelles essentiellement, mais aussi parfois à Luxembourg et à Strasbourg.

La répartition des parlementaires entre les Etats membres est établie selon l'importance de leur population. Les députés au Parlement européen sont regroupés non par nationalité mais par affinité politique.

Les députés au Parlement européen partagent leur temps entre leur circonscription, Strasbourg – où se tiennent 12 périodes de session par an - et Bruxelles, où ils assistent aux périodes de session supplémentaires, ainsi qu'aux réunions des commissions et des groupes politiques.

ii. Les compétences

En plus de compétences propres (motion de censure, budget), le PE est l'organe qui exerce le pouvoir législatif avec le Conseil de l'UE. Les pouvoirs législatifs du PE partagés avec le Conseil de l'UE s'expriment sous différentes formes : procédure de consultation, procédure de coopération, et, surtout, la procédure ordinaire, la procédure de codécision en matière législative ; enfin une procédure d'avis conforme (qui s'apparente matériellement à une procédure de codécision) donné dans certains cas particuliers (notamment l'adhésion de nouveaux membres et la conclusion d'accords d'association ; Fonds structurels et de cohésion).

Les pouvoirs du PE ont été élargis encore par le traité de Lisbonne, notamment en matière de relations extérieures.

d. Le Haut Représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et le Service européen pour l'action extérieure (art. 18, 24, 27 TUE)

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, avec l'accord du président de la Commission, nomme le Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Le Haut représentant conduit la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union. Il contribue par ses propositions à l'élaboration de cette politique et l'exécute en tant que mandataire du Conseil. Il agit de même pour la politique de sécurité et de défense commune. Il préside le Conseil des affaires étrangères et a également pour fonction d'être l'un des vice-présidents de la Commission. Il veille à la cohérence de l'action extérieure de l'Union. Il est chargé, au sein de la Commission, des responsabilités qui incombent à cette dernière dans le domaine des relations extérieures et de la coordination des autres aspects de l'action extérieure de l'Union. "

A cette fin, il est assisté du Service européen pour l'action extérieure (SEAE ; http://eeas.europa.eu/index_fr.htm) (art. 27 § 3 TUE).

Actuellement (2014-2019), à ce poste hautement stratégique de Haut représentant se trouve une Italienne Federica Mogherini.

e. Le Conseil européen (art. 15 TUE ; art. 235 s TFUE)

A l'origine, le Conseil européen est une institution issue de la pratique et non prévue par le Traité CE. Son existence et son rôle ont par contre été formellement consacrés par le Traité UE. Son rôle a été clairement déterminé et institutionnalisé par le traité de Lisbonne. Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales. Il n'exerce pas de fonction législative (art. 15 TUE).

Le Conseil européen est composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, ainsi que de son président et du président de la Commission. Le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité participe à ses travaux. Lorsque l'ordre du jour l'exige, les membres du Conseil européen peuvent décider d'être assistés chacun par un ministre et, en ce qui concerne le président de la Commission, par un membre de la Commission.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, un Président du Conseil européen est élu par le Conseil européen à la majorité qualifiée pour une durée de deux ans et demie, renouvelable une fois (art. 15 § 5 et 6 TUE). Actuellement et jusqu'à fin 2014, il s'agit du Belge Herman van Rompuy. Lui succédera, dès le début 2015, le Polonais Donald Tusk.

Le Conseil européen se réunit deux fois par semestre sur convocation de son président. Si la situation l'exige, le président convoquera une réunion extraordinaire du Conseil européen.

Le Conseil européen se prononce normalement par consensus. Dans certains cas, il adopte ses décisions à l'unanimité ou à la majorité qualifiée, selon ce que prévoit le traité. Le Conseil européen élit son président à la majorité qualifiée. Le mandat de ce dernier a une durée de deux ans et demi et est renouvelable une seule fois. Le Conseil européen se réunit d'ordinaire à Bruxelles, dans les locaux du bâtiment Justus Lipsius. Il est assisté par le Secrétariat général du Conseil.

f. La Cour de Justice et le Tribunal (art. 19 TUE ; art. 251 ss TFUE)

Jusqu'en 1989, l'Union Européenne ne connaissait qu'un seul organe judiciaire, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). A cette date a été établi un nouveau tribunal communautaire : le Tribunal de Première instance (TPI).

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, on parle désormais de Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et du Tribunal de l'UE (T).

Cf. <http://curia.europa.eu/>

i. Le TPI

1° Composition : 28 juges nommés d'un commun accord par les Etats membres.

2° Compétences du TPI

- Jusqu’au traité de Nice, le TPI traitait (en dernière instance) des recours dans les affaires relatives à la fonction publique communautaire. (Précédemment, ces affaires étaient de la compétence de la Cour et représentaient 15 à 25 % des litiges). Le TPI traitait aussi des recours des particuliers dans des secteurs économiques déterminés tels que la mise en œuvre des règles de concurrence applicables aux entreprises (art. 81 à 86 TCE). Les arrêts du TPI rendus dans ces matières étaient sujets à recours auprès de la CJCE.
- Le Traité de Nice a attribué au TPI la compétence ordinaire en matière de recours directs (sous réserve de pourvois à la CJCE limités au droit) ; il permet en outre de lui attribuer la compétence préjudicielle dans certaines matières (avant strictement réservées à la CJCE) ; il permet enfin de créer des chambres juridictionnelles spécialisées destinées à soulager le TPI de certains contentieux spécialisés (fonction publique par exemple).

ii. La Cour de justice

1° Composition : 28 juges nommés d’un commun accord par les Etats membres, et 8 avocats généraux. Elle comprendra toujours autant de juges qu’il y a d’Etats membres.

2° Compétences :

- Procédure préjudicielle (interprétation des traités, interprétation et validité des actes des institutions ; interprétation des statuts des organismes créés par le Conseil) de l’art. 267 TFUE ;
- Contrôle de la légalité (sur recours en annulation) des actes réglementaires de la Commission, du Conseil de l’UE, de la BCE, ou du Conseil de l’UE et du Parlement (art. 263 TFUE) ;
- Examen des recours en carence ou en manquement :
 - Recours en carence (art. 265 TFUE) : les Etats membres et les autres institutions de l’UE peuvent introduire une action en carence lorsque, en violation du Traité, le Conseil ou la Commission s’abstient de statuer alors que cette institution a été invitée à agir par le TCE.
 - Recours en manquement (art. 258 ss TFUE) : comme la mise en œuvre du droit communautaire est très largement décentralisée, laissant aux Etats membres l’essentiel de la responsabilité de l’exécution des règles communes, lorsqu’un Etat membre ne donne pas suite à une directive communautaire, un organe de l’UE (la Commission) ou un autre Etat membre peut introduire action devant la CJUE en constatation de manquement.
- Recours contre les décisions de la Commission ainsi que les pourvois contre les décisions du Tribunal dans les cas prévus par le traité.

g. *Les autres institutions*

Les autres organes prévus par les traités sont essentiellement les suivants :

- la Banque centrale européenne (BCE) ;
- la Cour des comptes ;

- le Comité économique et social (ECOSOC) ;
- le Comité des régions ;
- la Banque européenne d'investissement (BEI) ;
- de nombreuses agences décentralisées dans les différents Etats membres et spécialisées dans des domaines particuliers ont en outre été créées par les organes de l'Union, et notamment par le Conseil et par la Commission, pour seconder le travail de ces deux institutions (http://europa.eu/agencies/index_fr.htm).

18.4 L'ordre juridique de l'Union européenne

Dès ses origines, le Traité de Rome a institué un système juridique de l'Union européenne distinct de celui des pays membres. Ainsi, l'Union européenne :

- a ses propres sources de droit ;
- est dotée des organes et des procédures nécessaires pour adopter et appliquer ses règles juridiques, ainsi que sanctionner leur violation.

a. Les compétences attribuées

- i. Les compétences de l'UE sont des compétences d'attribution consenties par les Etats membres et attribuées par les traités (voir art. 4 § 1 et art. 5 TFUE ; arrêt Costa/ENEL). Comme dans l'Etat fédéral suisse, la répartition des compétences répond donc au principe dit des compétences d'attribution.
- ii. Le Traité comprend des règles applicables pour elles-mêmes, tel que l'art. 18 TFUE qui interdit les discriminations fondées sur la nationalité. Mais le trait caractéristique du Traité, c'est la tâche confiée aux organes de l'UE de réaliser les objectifs du Traité à l'aide des instruments juridiques mis à leur disposition (art. 3 § 6 TUE).
- iii. Sans disposer de tous les attributs d'un Etat (tels que l'armée ou la police), l'UE dispose désormais d'importantes compétences dans de nombreux domaines et a réussi à établir un ordre juridique cohérent :
 - la Cour de justice est compétente de plein droit dans les cas prévus par le Traité ;
 - la Cour de justice, dans certains cas, est accessible aux particuliers ;
 - la Cour de justice et la Commission prononcent la condamnation à des amendes, condamnation exécutoire de plein droit.

La Cour de justice peut contrôler la légalité, c'est-à-dire la conformité au droit de l'UE :

- des actes du Conseil ou de la Commission ;
- de l'inaction du Conseil ou de la Commission (recours en carence qui peut être introduit par un organe de l'UE, un Etat membre, parfois un particulier ;
- des comportements des Etats (recours en manquement qui peut être introduit par la Commission ou par un Etat membre).

De plus, le mécanisme du recours préjudiciel permet à la Cour de Justice de se prononcer sur une question d'interprétation du Traité ou d'actes des institutions soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale, lorsque cette juridiction décide de la saisir.

Le traité de Lisbonne consacre et précise encore ce système. En outre, à son art. 47 TUE, elle consacre formellement l'existence d'une personnalité juridique pour l'UE (auparavant, seule la CE, 1er pilier de l'UE, avait une personnalité juridique, à l'exclusion des deux autres piliers de l'UE).

b. Les sources du droit de l'UE

- i. Le droit originaire : ce sont les traités (CECA qui est arrivé à échéance ; Euratom [CEE] ; CEE devenu CE puis TFUE; TUE; tels que modifiés par les traités d'Amsterdam et de Nice, et enfin de Lisbonne). Ces traités ont été remplacés par un traité sur l'Union européenne (TUE) et un traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.
- ii. Le droit dérivé : c'est le droit élaboré par les organes de l'Union, soit essentiellement (art. 288 TFUE) :
 - Les règlements qui sont l'expression de la loi à l'échelon de l'UE.
 - Les directives qui sont une sorte de loi-cadre : Les Etats doivent retranscrire (« *transposer* ») la directive dans leur propre droit national et réaliser l'objectif poursuivi par la directive, mais restent libres quant à la forme et au moyen à choisir pour atteindre le résultat fixé par la directive.
 - Les décisions rendues par les institutions de l'UE au sens de l'art. 288 TFUE (*Beschlüsse*) ; à ne pas confondre avec les décisions individuelles, rendues notamment par la Commission (*Entscheidungen*).

Les recommandations et les avis sont aussi des actes des institutions de l'UE, mais qui ne lient en principe pas (art. 288 al. 5 TFUE)

Attention :

La Constitution européenne devait changer la désignation des actes juridiques de l'Union européenne (art. I-32 ss) : Ainsi, les traités auraient dû être remplacés par le « Traité constitutionnel », les règlements appelés « lois européennes » et les directives « lois-cadres européennes ». Le règlement européen aurait dû être un acte non législatif de portée générale pour la mise en œuvre des actes législatifs et de certaines dispositions spécifiques de la Constitution. La décision européenne aurait dû être un acte non législatif obligatoire dans tous ses éléments. Enfin, rien n'aurait changé pour les recommandations et les avis adoptés par les institutions : pas d'effet contraignant.

18.5. Les rapports entre le droit de l'UE et le droit national

Ces rapports sont caractérisés par trois principes :

a. Le principe d'intégration

Selon ce principe, le droit de l'UE forme un système juridique autonome intégré dans le droit des Etats membres. En effet, « *la Communauté [désormais l'UE] constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les*

Etats membres mais également leurs ressortissants » (CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. 1).

Ainsi, l'ordre juridique de l'UE est « *intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et s'impose à leurs juridictions* ». C'est de ce premier principe que découlent les deux suivants.

b. Le principe de l'application directe

L'application directe du droit de l'UE, en vertu duquel une transposition n'est pas toujours nécessaire : non seulement le droit de l'UE s'insère directement dans le droit interne national (principe d'intégration) au point d'en faire partie intégrante, mais il y jouit aussi de l'aptitude générale à y compléter directement le patrimoine juridique des particuliers (droits subjectifs et obligations) dans leur rapport avec les particuliers ou dans leurs relations avec l'Etat dont ils relèvent.

Bref, c'est le droit pour toute personne de demander au juge (national) de lui appliquer les traités, directives, règlements ou décisions de l'UE, et c'est l'obligation pour ce juge de faire usage de ces textes quelle que soit la législation du pays dont il relève. L'application directe peut varier en fonction du type et de la nature de l'acte de l'UE invoqué.

c. Le principe de primauté

Conformément au principe de primauté du droit de l'UE, ce dernier prime nécessairement le droit national contraire, quelle qu'en soit la nature et la valeur interne.

Cela signifie que toutes les autorités nationales (administratives ou judiciaires) sont systématiquement tenues d'écarter le droit national contraire au droit de l'UE. En effet, « *issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* » (CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. 1141).

Ainsi, la primauté du droit de l'UE :

- est une condition « existentielle » de l'UE ;
- découle de la nature propre spécifique du droit de l'UE ;
- implique que le droit de l'UE l'emporte sur l'intégralité des ordres juridiques nationaux ;
- s'impose non seulement dans les relations entre les Etats membres et les institutions de l'UE, mais aussi et surtout dans l'ordre juridique interne des Etats membres, à savoir à leurs autorités administratives et judiciaires.

Ce principe est formellement rappelé dans la Déclaration n° 17 annexée au traité de Lisbonne.

18.6. Bref aperçu du droit matériel de l'Union européenne

a. Le droit du marché intérieur

i. Les fondements conventionnels / constitutionnels

Un des objectifs principaux et un des piliers de l'Union européenne est l'instauration d'un marché intérieur de l'UE (art. 26 ss TFUE), fondé sur quatre grandes libertés :

- la libre circulation des marchandises et son corollaire, l'union douanière (art. 28 et 30 TFUE),
- la libre circulation des professionnels, comprenant :
 - la libre circulation des travailleurs (art. 45 ss TFUE)
 - la liberté d'établissement (LE) (art. 49 ss TFUE)
 - et la libre prestation de services (LPS) (art. 56 ss TFUE),
- la libre circulation des capitaux et des paiements (art. 63 ss TFUE).

La libre circulation des personnes, d'abord limitée aux seuls professionnels (salariés : art. 45 ss TFUE ; et indépendants) a par la suite été étendue à tous les citoyens de l'Union, avec l'instauration d'une citoyenneté de l'Union (art. 20 ss TFUE) et la mise en place progressive de politiques spécifiques destinées à réaliser et à accompagner la libre circulation effective et complète des personnes au sein de l'UE (visa, asile, immigration, Espace Schengen, politique sociale, emploi, ...).

ii. Les avancées jurisprudentielles et le principe « Cassis-de-Dijon »

Bien que les principes de libre circulation soient ancrés dans les traités depuis l'origine, les Etats membres ont, dans un premier temps, opposé d'importantes résistances protectionnistes à la réalisation effective de ces droits.

C'est la Cour de justice qui a mené la lutte contre ces résistances par le biais de sa jurisprudence.

Il en est notamment résulté, dès 1974, de nombreux arrêts de la Cour annulant des décisions et/ou réglementations nationales qui restreignaient la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

Ainsi, par exemple, l'arrêt Dassonville, a défini de manière très large qu'il faut entendre par « *mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives* » (art. 28 et 29 CE, devenus 34 et 35 TFUE), mesures interdites par le traité CE (devenu TFUE) : « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* » (CJCE, 11 juillet 1974, Dassonville, aff. 8/74, Rec. 837, pt. 5).

Puis, en 1979, la CJCE a énoncé le principe dit du « Cassis-de-Dijon » (en matière de libre circulation des marchandises également),

- qui explique, d'une part, ce qu'il faut entendre par « exigences impératives » autorisant exceptionnellement l'existence d'obstacles étatiques à la libre circulation (réserve en faveur des Etats, de l'art. 30 CE), en précisant cependant que cette disposition doit être interprétée restrictivement, excluant d'office toute

- considération de nature économique (CJCE, 20 février 1979, Rewe Zentral, aff. 120/78, Rec. 649, pt. 18),
- mais pose simultanément, d'autre part, le principe fondamental de la reconnaissance mutuelle des réglementations nationales, selon lequel une marchandise régulièrement autorisée et mise sur le marché selon la réglementation de son Etat d'origine doit être admise sans restriction sur le marché d'un autre Etat membre de la Communauté et peut circuler librement sur le territoire de tous les Etats membres (sous la seule réserve très limitée de l'existence d'exigences impératives).

b. Le droit de la concurrence

i. Les fondements

Elle aussi directement liée à l'instauration du marché intérieur et considérée comme un des piliers de la Construction européenne, la politique en matière de concurrence a également été intégrée dès le début dans le traité CE, devenu TFUE.

Elle fait l'objet des art. 101 ss TFUE. Le traité distingue entre :

- les règles applicables aux entreprises (art. 101 ss TFUE)
- et les règles applicables aux Etats (aides accordées par les Etats ; art. 107 ss TFUE).

S'agissant des entreprises, on convient encore de distinguer principalement entre :

- l'art. 101 TFUE, qui traite de l'interdiction des ententes
- et l'art. 102 TFUE, qui interdit l'abus de position dominante

On y rattache enfin, traditionnellement, les règles traitant des concentrations d'entreprises.

ii. Le contenu général des règles communautaires de concurrence

❖ L'article 101 TFUE (ententes)

Aux termes de l'art. 101 TFUE,

- « 1. *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:*
- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;*
 - b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
 - c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
 - d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*

- e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

2. *Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. »*

Mais le droit de l'UE prévoit aussi expressément la possibilité pour certains accords de se faire exempter de l'interdiction générale de l'art. 101 § 1 et de sa sanction fixée au § 2 :

« 3. *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :*

- *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
- *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises,*
- et*
- *à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées*

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;*
- b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »*

❖ L'article 102 TFUE (positions dominantes)

Aux termes de l'art. 102 TFUE,

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;*
- b) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;*
- c) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*
- d) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

❖ Les articles 107 ss TFUE

Le droit de la concurrence au sens large comprend aussi les règles visant à lutter contre les aides d'Etat affectant les échanges entre États membres et susceptibles de fausser la concurrence au sein du marché intérieur.

❖ Le règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Contrairement aux autres secteurs du droit de la concurrence, qui se fondent directement sur des dispositions du TFUE, le contrôle des concentrations repose sur un acte de droit

dérivé : le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).

L'objet de ce règlement consiste à s'assurer que les restructurations et concentrations d'entreprises n'entraînent pas de préjudice durable pour la concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

iii. Les objectifs principaux du droit de la concurrence de l'UE :

Le droit de la concurrence de l'UE, et notamment l'art. 101 TFUE, a vocation s'appliquer de manière universelle, dans la mesure où la concurrence est considérée comme un des fondements du marché commun (marché intérieur), lequel est lui-même un des fondements de l'Union européenne.

Le droit de la concurrence devient un principe politique aussi bien qu'un moyen technique d'extension et de réalisation du droit communautaire en général, car la concurrence est considérée comme la condition de la réalisation d'une économie de marché dans le cadre d'une construction juridique dynamique qui ne cesse d'étendre sa compétence. C'est ce que l'on appelle le principe de l'effet utile des règles de droit de l'UE et de leur interprétation.

Le droit de l'UE de la concurrence a pour but d'établir une concurrence efficace et raisonnable (« concurrence souhaitable »).

En tant qu'instrument (même autonome !) de réalisation de l'ensemble des objectifs de l'UE, le droit de la concurrence doit enfin contribuer à l'efficacité économique en général et prendre en compte des objectifs concurrents posés par le droit de l'UE et les traités, tels que la politique sociale ou la protection de l'environnement. Il s'agit là du respect du principe de cohérence de l'ordre juridique de l'UE (droit matériel).

c. Les autres politiques de l'Union européenne

Les traités poursuivent encore de nombreux autres objectifs et prévoient, à cet effet, plusieurs autres politiques communes, toutes liées entre elles et plus ou moins directement interdépendantes. Dans chacun de ces domaines, les compétences de l'UE ne sont pas toutes équivalentes, et vont de la compétence exclusive à la simple compétence parallèle de soutien et d'encouragement, en passant par les compétences concurrentes limitées ou illimitées (art. 2 à 6 TFUE).

Parmi ces autres politiques, citons :

- les politiques relatives au contrôle des frontières, à l'asile et à l'immigration,
- la coopération judiciaire en matières civile et pénales,
- la coopération policière,
- la politique agricole commune (PAC),
- la politique des transports,
- la politique économique,

- la politique monétaire,
- la politique commerciale commune (extérieure),
- la politique de l'emploi,
- la politique sociale, l'éducation, la formation professionnelle et la jeunesse
- la culture,
- la santé publique,
- la protection des consommateurs,
- la politique industrielle,
- la protection de l'environnement,
- la recherche et le développement technologique,
- le développement des réseaux transeuropéens,
- la coopération au développement (extérieure),
- la cohésion économique et sociale (intérieure).

18.7. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- i. Essayer de comprendre et de définir le rôle du juge national ordinaire (français, italien, grec, ...) dans l'ordre juridique communautaire : ses compétences, sa marge de manœuvre, ses obligations et ses limites.
- ii. Comparer les fonctions (législatives, exécutives, budgétaires, ...) de la Commission, du Conseil de l'Union, du Conseil Européen et du Parlement.

Chapitre 4 : **La Suisse et son économie dans le contexte international**

§ 19 LA SUISSE, PARTENAIRE ET MEMBRE DE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE

Textes législatifs : Les accords internationaux et traités auxquels la Suisse est partie sont publiés dans le Recueil Systématique du droit fédéral (RS 0. ...) ; Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111)

Bibliographie : D. THÜRLER, Constitution et droit international public, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Zurich/Berne, 1995, Vol. I ; G. MALINVERNI, L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant, Rapport à la SSJ, Fasc. 1, 1998 ; A. AUER / G. MALINVERNI / M HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2006 ; B. MERKT, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Berne/Berlin/Bruxelles/Francfort/New-York/Oxford/Vienne, 2000; CONSEIL FEDERAL, Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, du 5 mars 2010, FF 2010, 2067, et Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30 mars 2011, FF 2011, 3401.

19.1 Une lente évolution

Les Constitutions de 1848 et 1874 reflétaient une idée des relations internationales selon laquelle prévalaient la nécessité de garantir l'indépendance contre l'étranger et le besoin de la neutralité comme moyen de préserver cette indépendance.

Au cours des trente dernières années, la perception de l'Etat en droit international public a beaucoup évolué et la Suisse – comme la plupart des autres Etats – s'est progressivement et relativement intégrée dans la communauté internationale, bien que de manière plus lente.

Cette évolution peut être mise en évidence dans le domaine politique et celui du droit économique :

- a. Dans le domaine politique : on constate, dans les relations internationales, la volonté de supplanter l'usage de la force (guerre) par le principe de la légalité (les décisions ne doivent pas être arbitraires mais être fondées sur une règle de droit). De plus, la Communauté internationale s'efforce de reconnaître et de protéger les droits fondamentaux des individus ou de certains groupes d'individus et de minorités.

Pour la Suisse, cette évolution se traduit notamment par quelques dates et étapes clés :

- adhésion de la Suisse au Conseil de l'Europe (1963) et ratification de la Convention européenne des droits de l'homme (1974) ;
- intégration de la Suisse à la CSCE (1975) (Conférence pour la Sécurité et la Coopération en Europe, devenue ensuite OSCE : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe), qui consacre les concepts de démocratie pluraliste et de protection des minorités ;

- adhésion au Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (1992) ;
- adhésion à la Convention de l'ONU contre toute forme de discrimination raciale (1994) ;
- adhésion à la convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (1997) ;
- adhésion de la Suisse à l'ONU (2002) ;
- paquets d'accords bilatéraux avec l'UE (1999-2004).

Ainsi se développent, sur le plan international, des prescriptions minimales dans le domaine des droits de l'homme. En Europe, la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, joue depuis un certain temps le rôle de Cour constitutionnelle européenne.

- b. Dans le domaine économique : on s'efforce d'organiser le commerce mondial en transposant à l'échelon international des principes tels que ceux de liberté économique, de non-discrimination, de protection juridictionnelle (cf. la transformation du GATT en OMC).

En conséquence, le droit public national et le droit international public ne peuvent plus se concevoir comme deux systèmes clos : on constate actuellement une interpénétration du droit international public et du droit constitutionnel.

19.2 Les relations entre le droit international et le droit interne

a. La compétence en matière de traités

En vertu de l'art. 54 Cst, « *les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération* ». Cette compétence inclut bien sûr celle de négocier et de ratifier des traités (cf. la compétence du Conseil fédéral : art. 184 Cst). Les compétences cantonales en la matière existent mais sont extrêmement réduites (art. 55 et 56 Cst).

En outre, de par le droit constitutionnel, le peuple suisse participe à la procédure de conclusion des traités. La procédure de référendum introduite en 1921 a été revue et complétée en 1977. Actuellement deux types de référendum sont prévus :

- un référendum facultatif dans les cas prévus à l'art. 141 al. 1 let. d Cst, soit lorsque le traité est d'une durée indéterminée et n'est pas dénonçable, qu'il prévoit l'adhésion à une organisation internationale ou qu'il contient des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales ;
- un référendum obligatoire du peuple et des cantons pour l'adhésion à des organisations de sécurité collective (OTAN, p. ex.) ou à des communautés supranationales (UE, p. ex.) (art. 140 al. 1 let. b Cst).

La Suisse a adhéré aux organisations internationales suivantes :

- Organisation mondiale de la santé (OMS, en 1947) ;
- OECE, devenue l'Organisation du Commerce et du Développement en Europe (OCDE, en 1948) ;
- Statut de la Cour internationale de justice (CIIJ, 1948) ;
- UNESCO (en 1949) ;
- Association européenne de libre-échange (AELE, 1960) ;
- Conseil de l'Europe (en 1963) ; avec la Convention européenne des droits de l'homme (en 1974) ;

- Conférence sur la sécurité et la Coopération en Europe (CSCE, 1975), devenue OSCE (Organisation sur la sécurité et la coopération en Europe) ;
- ONU, le 10 septembre 2002.

A noter que, contrairement à une idée répandue, seul le dernier de ces objets a été soumis au vote du peuple ; avant le vote du printemps 2002, notre pays avait, par contre, refusé d'adhérer à l'ONU, en 1986 déjà ; il a aussi refusé d'adhérer à l'Espace Economique Européen - EEE, en 1992.

b. Les effets du droit international et son application

i. Le principe de la validité immédiate du droit international public

En Suisse, les règles du droit international public qui ont force obligatoire pour la Suisse, ont un effet immédiat sur le plan interne : cela signifie qu'il n'est pas nécessaire d'en reprendre le contenu dans une loi interne pour qu'elles soient en vigueur (c'est ce qu'on appelle le principe « moniste »). Selon une autre conception, le « dualisme » (de plus en plus rare en Europe, en raison du développement du droit de l'UE), les normes de droit international doivent être reprises dans une loi interne ou déclarées exécutoires par une décision interne expresse.

ii. Le principe de l'application directe

En droit des traités, on distingue :

- 1° Les règles de caractère « non self executing » : ce sont les règles qui définissent un programme, un objectif ou un cadre ; elles s'adressent à l'organe législatif interne qui devra concrétiser ce programme, cet objectif dans une loi, laquelle pourra alors être invoquée par les particuliers.
- 2° Les règles de caractère « self executing » (applicabilité directe) : ce sont les règles qui peuvent être invoquées directement dans un cas d'espèce.

Le caractère « *self executing* » est déterminé parfois – rarement – dans le traité lui-même, mais le plus souvent c'est le tribunal devant lequel la règle est invoquée qui le constatera. Il s'agit alors d'une question d'interprétation du traité : une règle ne sera qualifiée de « *self executing* » que si elle est formulée de manière suffisamment claire et précise pour pouvoir s'appliquer à un cas d'espèce, c'est-à-dire constituer le fondement d'une décision concrète.

c. Le rapport hiérarchique entre le droit international public et le droit interne

L'Etat qui a ratifié un traité ne peut se soustraire à ses obligations en invoquant son droit interne contraire. Le droit international a donc en principe la primauté sur le droit interne (art. 26 et 27 de la Convention de Vienne : « *Pacta sunt servanda* »).

En Suisse, la question est traitée dans la Constitution à l'art. 5 al. 4. Désormais, il est admis en droit suisse, que le droit international prime sur l'ensemble du droit interne suisse antérieur et postérieur, en raison de sa nature même : « *Le principe de primauté du droit* ».

international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument tiré de la lex posterior est inapplicable » (122 II 485, cons. 3a ; ég. ATF 122 III 414, cons. 3a).

Il est toutefois possible, dans certains cas très particuliers, que le législateur fédéral décide, en toute connaissance de cause, de déroger à la règle internationale préexistante en adoptant postérieurement une loi explicitement non conforme à ces règles ("doctrine Schubert").

La question de la hiérarchie a également été examinée dans les rapports entre le droit international public et le droit constitutionnel fédéral rédigés par l'Office fédéral de la justice, notamment lorsque les Chambres fédérales ont examiné la recevabilité d'une initiative populaire au vu des principes reconnus de droit international public. Depuis 1994, les autorités fédérales considèrent que les principes reconnus découlant des traités et du droit international contraignant (« *jus cogens* ») peuvent apporter des limites matérielles au contenu des initiatives constitutionnelles ainsi que des révisions constitutionnelles partielles ou totales (art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst). Cf. CONSEIL FEDERAL, Rapport sur la relation entre droit international et droit interne, du 5 mars 2010, FF 2010, 2067, et Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30 mars 2011, FF 2011, 3401.

19.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- i. Comment situer, dans ce contexte, l'Union européenne ? le Conseil de l'Europe ? l'Union de l'Europe occidentale (UEO) ?
- ii. Droit pénal international et droit pénal en Suisse : comparer.

§ 20 LA SUISSE ET L'UNION EUROPEENNE : LES ACCORDS BILATERAUX

Textes législatifs : les Accords bilatéraux, notamment :

- Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) ;
- Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (ATA ; RS 0.748.127.192.68)
- Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (ATT ; RS 0.740.72)
- Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (Accord d'association à Schengen ; AAS ; RS 0.362.31)
- Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (ARM ; RS 0.946.526.81)
- Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (ALE ; RS 0.632.401)

Bibliographie : D. FELDER / Ch. KADDOUS, Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires), Bâle/Bruxelles 2000 ; Ch. Kaddous / M. Jametti Greiner, Accords bilatéraux II Suisse-UE, Bâle /Bruxelles/Paris, 2006 ; A. BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Edis, Genève, 2010; D. THÜRER / R. H. WEBER / R. ZÄCH (éd.), Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Ein Handbuch, Schulthess, Zurich 2002; D. THÜRER / R. H. WEBER / W. PORTMANN / A. KELLERHALS (éd.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU, Ein Handbuch, Schulthess, Zurich, 2007; site internet : <http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/index.html?lang=fr>

20.1. Généralités

a. *Historique*

A la suite du rejet de l'EEE en 1992, la Suisse s'est vue contrainte de développer une alternative, nécessaire surtout d'un point de vue économique, à l'adhésion, que ce soit à l'EEE ou à l'UE, afin d'éviter un isolement de la Suisse, dans tous les cas préjudiciables à l'économie nationale et au bon fonctionnement de la Suisse en général. C'est ce que l'on a appelé la "Voie bilatérale". A cet effet, il a fallu aborder l'UE dès 1993, afin de pouvoir négocier avec elle différents accords, dits "sectoriels" parce que chacun de ces accords ne traite que d'un secteur économique ou sécuritaire. Il s'agissait (et il s'agit encore!!) essentiellement, d'une part, d'assurer à la Suisse et à ses entreprises un accès suffisant au marché intérieur européen et, d'autre part, de permettre à la Suisse d'accroître sa sécurité intérieure en lui donnant le droit de participer autant que possible aux politiques européennes de gestion des migrations (y compris une gestion commune des frontières

extérieures de l'Europe), de l'asile, de la lutte contre la criminalité et les divers trafics, de coopération policière, etc.

b. Accords conclus

i. Accords bilatéraux I

Après de longues années de négociations, le 21 juin 1999, la Suisse a conclu un accord avec l'UE et ses Etats membres portant sur sept sujets particuliers (« accords sectoriels » ; dits aussi « Accords bilatéraux I »). Pour entrer en vigueur, ces accords ont du être ratifiés par la Suisse, par la Communauté européenne (avant l'UE) et, pour certains d'entre eux, par tous ses Etats membres. Cette procédure particulière s'explique par le fait que l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) porte partiellement sur des compétences détenues par l'UE et partiellement sur des compétences détenues par les Etats membres (cf. le concept d'« accords mixtes »).

Les accords portent sur sept domaines :

- 1° La coopération scientifique et technologique : par cet accord, les parties veulent améliorer la coopération dans le domaine de la recherche technique et scientifique. Cet accord devrait faciliter les possibilités de travail en commun et contribuer au partage des coûts.
- 2° Certains aspects relatifs aux marchés publics : la Suisse et l'UE sont toutes deux parties à l'accord de Marrakech conclu dans le cadre de l'OMC. Par un accord bilatéral, les parties veulent faciliter la participation des entreprises d'une des parties aux marchés publics de l'autre partie.
- 3° La reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité : cet accord va diminuer les obstacles techniques au commerce dans les échanges de produits industriels entre la Suisse et l'UE. Les examens de la conformité aux normes nationales ou communautaires coûteux qui étaient effectués à double pourront désormais être évités, dans la plupart des cas.
- 4° Les échanges de produits agricoles : le but est d'améliorer les possibilités d'importation et d'exportation de produits agricoles entre la Suisse et l'UE. Cet accord a donc pour objet de supprimer les barrières tarifaires et non tarifaires entravant l'échange de produits agricoles (voir l'imposante annexe des produits concernés).
- 5° Le transport aérien : le but de cet accord est, d'une part, d'harmoniser les règles sur le transport aérien et, d'autre part, d'étendre le ciel européen très libéralisé au-dessus de la Suisse. Cet accord est le seul accord dit « d'intégration » : cela signifie que le résultat est le même que si la Suisse avait adhérer à l'UE, mais pour le seul domaine du transport aérien.
- 6° Le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route : cet accord vise, d'une part, à libéraliser l'accès des parties contractantes à leur marché des transports routier et ferroviaire des marchandises et des voyageurs et, d'autre part, à déterminer les modalités d'une politique coordonnée des transports.
- 7° La libre circulation des personnes : l'objectif de cet accord est d'accorder aux citoyens européens et aux ressortissants suisses un droit d'entrée et de séjour sur les

territoires des parties contractantes, que ce soit pour y exercer une activité lucrative dépendante ou indépendante, ou encore sans y exercer une activité lucrative, sous certaines conditions. Au terme de la période transitoire obtenue par la Suisse, la libre circulation des personnes entre la Suisse et les Etats membres de l'UE devrait être pratiquement aussi étendue que celle prévalant entre les Etats membres eux-mêmes.

La Suisse a ratifié le paquet d'Accords sectoriels bilatéraux I le 21 mai 2000. La procédure de ratification par les Etats membres de l'UE a pris plus de temps que prévu initialement. Les sept accords sont entrés en vigueur le 1^{er} juin 2002.

Ces accords sont, en soit, indépendants les uns des autres, mais ils sont soumis à la règle du « tout ou rien » (dite « clause guillotine ») : c'est-à-dire que ces accords devaient tous être acceptés par tous les intéressés pour pouvoir entrer en vigueur. En outre, si un seul est remis ultérieurement en cause, les six autres tomberont avec.

A l'heure actuelle, l'acceptation par le peuple de l'initiative dite contre l'immigration de masse (MEI) le 9 février 2014 a pour effet de remettre en cause l'existence de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), dans la mesure où le nouvel art. 121a Cst impose la fixation de contingents et de plafonds fixes, ce qui est par définition contraire au principe de libre circulation poursuivi par l'ALCP. Si aucune solution ne devait être trouvée, c'est l'ensemble des 7 accords bilatéraux I qui tomberaient automatiquement.

ii. Accords bilatéraux II

En juin 2001, la Suisse, la CE et l'UE ont décidé d'ouvrir de nouvelles négociations bilatérales (« Négociations bilatérales II ») au sujet de dix nouveaux domaines (ou thèmes). Le 19 mai 2004, les négociations relatives au paquet de neuf Accords bilatéraux II (8 accords internationaux et 1 déclaration d'intention sous forme de lettres pour l'éducation, la formation professionnelle et la jeunesse) ont abouti et les accords ont été conclus. Le Conseil fédéral a préparé un Message d'accompagnement à l'attention du Parlement et le lui a soumis en automne 2004. Par la suite, le peuple suisse a voté et accepté les seuls accords remis en cause par référendum, à savoir l'Accord d'association à Schengen (AAS) et celui d'association à Dublin (AAD).

Parmi les dix domaines compris dans les Accords bilatéraux II, les sept premiers sont les « reliquats » (« *Left overs* ») du premier cycle de négociations, qui n'ont pas pu être traités dans le premier paquet d'accords, mais pour lesquels la Suisse et l'UE se sont engagées, à la conclusion des premiers accords à entamer des négociations. Il s'agit :

- Des services : les quatre grandes libertés de circulation (marchandises, personnes, services et capitaux) forment un tout dans le cadre de l'établissement d'un marché intérieur européen ; or, la libéralisation des services prévue par les premiers accords restent très limitée, il conviendrait donc de la généraliser ; mais finalement, ce domaine a été écarté des négociations en cours, notamment parce qu'il posait des problèmes de respect des compétences cantonales en Suisse (fédéralisme). La Suisse et l'UE ont donc décidé, en mars 2003, de poursuivre les négociations sur ce domaine indépendamment des bilatérales II, en vue d'une conclusion ultérieure.

- De l'imposition des pensions des fonctionnaires retraités de la CE vivant en Suisse ; actuellement, les pensions de ces personnes sont doublement imposées, puisque imposées une première fois à la source par l'UE, puis imposées une seconde fois par la Suisse comme revenu, il s'agit de supprimer ce problème.
- Des produits agricoles transformés : ces produits (biscuits, chocolat, soupes, sauces, pâtes, café soluble, ...) sont actuellement couverts par le Protocole 2 des très anciens accords de libre-échange Suisse-CEE de 1972 (ALE 1972) ; il s'agit de mettre à jour et d'élargir la couverture de ces accords et de revoir les mécanismes de compensation des prix à la frontière ;
- De l'environnement : l'objectif est de faire participer la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement (AEE), qui a pour mission de fournir des données comparatives objectives sur l'état de l'environnement dans les pays européens, afin de procurer une base scientifique aux nouvelles réglementations de l'UE ;
- De la statistique : l'objectif est de permettre une harmonisation totale des statistiques de la Suisse avec celle de l'UE (EUROSTAT) ; la transmission, la comparaison et la publication des données statistiques est fondamentale tant pour la gestion de l'UE que pour celle de la Suisse ;
- De l'éducation, de la formation professionnelle et de la jeunesse : l'UE promet la mobilité aux étudiants, aux personnes en formation et aux jeunes en général, grâce à ses programmes communautaires (SOCRATES, LEONARDO DA VINCI, JEUNESSE, ...) au plus tôt dès 2007 ; plus de 30 pays sont concernés ; la Suisse souhaite y participer pleinement et définitivement au moins dès cette date ;
- Des médias : la Suisse est exclue du programme européen MEDIA (ouvert aux Etats membres de l'UE, de l'EEE et aux Etats candidats à l'UE), destiné à promouvoir la production et la diffusion de films et programmes européens depuis le rejet de l'EEE en 1992 ; la Suisse souhaite y participer de manière pleine et entière.

Les trois autres domaines de négociations ont été proposés par l'UE :

- la lutte contre la fraude, qui concerne notamment la contrebande de cigarettes, la contrebande organisée en général et tout autre comportement délictueux en relation avec le trafic international de marchandises ;
- la fiscalité de l'épargne, au sujet de laquelle subsistent encore de graves divergences entre l'UE et la Suisse (secret bancaire, échange automatique d'informations entre autorités fiscales, ...) ;

et par la Suisse :

- la coopération dans les domaines de la justice, de la police, de l'asile et de l'immigration (« Espace Schengen », « Convention de Dublin sur le pays de premier asile » ; « EUROPOL ») : l'objectif est de mieux lutter contre l'accroissement de la criminalité organisée, le tourisme à but criminel et la professionnalisation des activités délictueuses en bandes, en permettant à la Suisse de participer à la coopération européenne développée sur la base des instruments de l'UE précités. Mais la Suisse demandait aussi que les intérêts de la place financière, et notamment le secret bancaire, soient sauvegardés.

iii. Autres accords

En sus des accords I et II, la Suisse a conclu de nombreux autres accords bilatéraux avec l'UE, soit en tout plus de 120 accords. Parmi ceux-ci, on peut encore citer, par exemple :

Récemment, soit le 17 mai 2013, un nouvel accord bilatéral économique important a été signé, qui doit entrer en vigueur prochainement : l'accord sur la coopération (administrative) en matière de concurrence, entre la COMCO suisse et la DG COMP de la Commission européenne.

Hors du domaine économique, la Suisse a aussi conclu avec l'UE, en 2012, un accord de coopération en matière de défense, à savoir l'accord de coopération avec l'Agence européenne de défense (AED) (i.e. en matière de développement et de production d'équipements de défense), qui est entré en vigueur la même année. Elle avait également conclu des accords avec d'autres agences européennes, à savoir, en 2004, un accord de coopération à Europol, entré en vigueur en 2006, et, en 2008, un accord de coopération avec Eurojust, entré en vigueur en 2011.

c. Négociations en cours ou à venir

A l'heure actuelle, d'autres accords sont toujours en cours de négociation, le plus souvent à la demande de la Suisse. Les domaines concernés sont :

– le libre échange agricole :

Un accord de libre-échange entre la Suisse et l'UE dans le secteur agroalimentaire (ALEA) devrait contribuer à ouvrir les marchés aux produits agricoles et aux denrées alimentaires. Il devrait permettre d'éliminer les entraves au commerce tant tarifaires (droits de douane et contingents) que non tarifaires (prescriptions diverses en matière de production et d'homologation). Le libre-échange ne concernerait pas seulement les matières premières issues de l'agriculture (comme le lait ou les animaux de boucherie), mais également les secteurs situés en amont et en aval de la filière. En d'autres termes, il toucherait les produits nécessaires à la production agricole (semences, machines, etc.) et les produits issus de l'industrie de transformation (fromages, yogourts, etc.). L'ALEA s'inscrirait ainsi de manière cohérente dans les réformes de la politique agricole menées jusqu'ici et serait destiné à améliorer la compétitivité de l'agriculture suisse sur le plan international. Une ouverture face à l'UE se traduirait par une réduction des coûts de production pour les agriculteurs suisses et pour l'industrie helvétique de transformation, facilitant ainsi l'accès au marché de l'UE. Pour le consommateur suisse, cela entraînerait une baisse des prix des denrées alimentaires. Les retombées sur l'économie seraient positives et se traduiraient par une augmentation durable du PIB de l'ordre de 0,5 %, soit 2 milliards de francs. L'ouverture des marchés représente toutefois un défi de taille pour l'agriculture. Afin de permettre aux exploitations de s'orienter vers les nouveaux marchés et de les aider à se restructurer, l'ALEA ne pourrait être introduit que de manière progressive et devrait être complété par des mesures d'accompagnement. Mais récemment (printemps 2011), le Parlement fédéral a décidé de suspendre les discussions avec l'UE dans ce domaine. Le dossier est donc "gelé" jusqu'à nouvel avis.

– l'électricité :

L'objectif principal des deux parties est de garantir l'approvisionnement des marchés dans un contexte de libéralisation, ce qui impose le règlement de l'accès au réseau pour le transit transfrontalier de l'électricité et l'harmonisation des normes de sécurité relatives aux réseaux de transit. La fonction de la Suisse en tant que plaque tournante de l'électricité en Europe pourrait

ainsi être garantie. Le libre accès mutuel aux marchés renforcerait en outre la situation des producteurs suisses de courant sur le marché européen de l'électricité.

- la santé publique (à laquelle l'UE souhaiterait joindre la protection des consommateurs) :
Il existe entre la Suisse et l'UE un intérêt commun à une coopération renforcée et institutionnalisée dans le domaine de la santé publique. L'accent est mis sur la lutte contre les maladies transmissibles, des thèmes de santé de portée générale, la sécurité alimentaire et la sécurité de l'ensemble des produits. La priorité est accordée à la participation de la Suisse aux deux agences de l'UE compétentes dans ce domaine - à savoir le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (CEPCM) et l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) - à l'adhésion de la Suisse à trois systèmes d'alerte rapide et précoce et sa participation au programme de santé publique de l'UE 2008-2013 (PHP).
 - la navigation par satellite :
Au travers du projet Galileo, l'UE et l'Agence spatiale européenne ASE (ESA en anglais) entendent créer un système de navigation par satellite de la nouvelle génération. D'usage civil, ce système est appelé à fournir une navigation par satellite plus fiable et plus précise que celle de l'actuel GPS (Global Positioning System) américain. Galileo permettra de mettre fin à la dépendance des utilisateurs européens au GPS, contrôlé par l'armée américaine, ce qui signifie que l'accès sera assuré aussi bien en temps de paix qu'en cas de crise internationale. En outre, le système régional EGNOS permet d'améliorer considérablement la précision et la fiabilité des signaux émis par l'ensemble des systèmes globaux de navigation. La Confédération et l'UE ont manifesté leur intérêt à conclure un accord qui permettrait de régler la pleine participation helvétique à ces deux programmes de l'UE faisant partie du « Système global de navigation par satellite » (GNSS). Les négociations ont été menées à bien et sont maintenant terminées, d'un point de vue technique. Il s'agit maintenant de conclure l'accord, de le ratifier et de le faire entrer en vigueur.
 - le commerce des droits d'émission de CO₂, selon le Protocole de Kyoto :
Une mise en réseau des systèmes de droits d'émission existant en Suisse et dans l'Union européenne pourrait faire l'objet d'un accord. Les droits d'émission de gaz à effet de serre de la Suisse et de l'UE seraient ainsi mutuellement reconnus. Le système d'échange de quotas d'émission (Emission Trading Scheme) de l'UE a été introduit le 1er janvier 2005. Il est devenu le premier marché mondial de droits d'émission et est reconnu comme instrument clé de la coopération internationale contre le changement climatique. La Commission européenne souhaiterait le relier à d'autres systèmes et créer ainsi les bases d'un marché mondial. Le système suisse d'échange de quotas d'émission a été mis en service le 1er janvier 2008. Ce système repose sur l'idée que la production de gaz à effet de serre doit être réduite là où cela s'avèrera le plus avantageux et le plus efficace. L'accès mutuel au marché permet aux échanges de quotas de CO₂ d'être plus flexible et plus performant (volumes d'échanges plus importants, meilleure dynamique du marché) et il écarte les entraves à la concurrence pour les entreprises suisses.
 - la promotion de la paix :
La promotion de la paix au niveau international est un élément important de la politique suisse de sécurité qui repose sur le principe de la « sécurité par la coopération ». La Suisse est engagée dans plusieurs missions de la paix à l'étranger, lesquelles bénéficient du soutien de ses experts et des membres de son armée. La coopération avec l'UE dans sa politique de sécurité et de défense (PESD) est d'une importance croissante. Un accord-cadre en lieu et place des accords ad hoc conclus jusqu'à maintenant est envisagé.
-

– le règlement REACH :

Le 1er juin 2007 est entré en vigueur dans l'UE le règlement REACH, régissant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques fabriquées ou importées dans l'UE, ainsi que les restrictions qui leur sont applicables. Les substances chimiques doivent être analysées par l'industrie chimique quant à leur impact sur l'environnement et sur la santé et satisfaire à des prescriptions de sécurité renforcées. La mise en oeuvre de REACH a été confiée à l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA) et aux autorités des Etats membres. Le règlement REACH a des conséquences directes sur l'industrie chimique de pays extérieurs à l'UE, en particulier de la Suisse, dont l'UE est le principal partenaire commercial, également dans ce domaine. Ainsi le Conseil fédéral souhaite entreprendre avec l'UE des négociations pour préserver les intérêts environnementaux, sanitaires, mais aussi économiques de la Suisse dans le cadre de REACH. Le Conseil fédéral a adopté un projet de mandat de négociations le 18 août 2010 et a consulté les cantons ainsi que les commissions de politique extérieure du Parlement. Les négociations n'ont pas encore débuté. Un accord dans ce domaine est vital pour la Suisse et son industrie chimique.

– La participation à l'agence EASO :

Inauguré officiellement le 19 juin 2011 sur l'île de Malte, le Bureau européen d'appui en matière d'asile (European Asylum Support Office, EASO) a pour tâche principale d'apporter un appui aux Etats dont les systèmes d'asile sont soumis à des pressions particulières. Ce soutien peut prendre diverses formes, comme le déploiement d'équipes d'appui pour assister, sur place, l'Etat concerné, par exemple en organisant des services de traduction, en fournissant des informations sur les pays de provenance ou en apportant un soutien dans la gestion des procédures d'asile. L'EASO permet en outre d'échanger des informations et de coordonner les informations sur les pays de provenance. Le règlement de l'UE établissant l'EASO prévoit la possibilité pour les quatre Etats associés à Schengen et Dublin (Suisse, Norvège, Islande, Liechtenstein) de participer aux activités du bureau. Les Etats associés ont décidé de négocier en commun avec la Commission européenne. Le 6 juillet 2011, le Conseil fédéral a adopté un mandat de négociation à cet effet et les Commissions de politique étrangère des Chambres fédérales ont approuvé cette démarche. Les négociations sont maintenant terminées et l'accord de participation est en phase d'approbation.

– Les questions institutionnelles dites transversales :

Depuis l'été 2010, à la demande de l'UE, des discussions sont menées au sein d'un groupe de travail mixte Suisse-UE afin de redéfinir de manière globale les structures institutionnelles qui gouvernent les développements, le fonctionnement, la mise en application et le respect des accords bilatéraux. Jusqu'à maintenant en effet, chaque accord prévoyait son propre régime institutionnel et, notamment, son ou ses comités mixtes. Avec le nombre croissant d'accords bilatéraux, cette situation devient difficilement gérable aussi bien pour l'UE que pour la Suisse. Après avoir mené de longues discussions exploratoires avec l'UE, le Conseil fédéral a récemment adopté un mandat de négociation fixant les grandes lignes des discussions à mener et les limites au-delà desquelles les négociateurs suisses ne pourront pas aller.

Dans la plupart des domaines précités intéressant la Suisse, la situation est maintenant bloquée, en raison du vote populaire du 9 février 2014 acceptant l'initiative dite contre l'immigration de masse.

20.2. La nature juridique

a. Du point de vue suisse

Du point de vue suisse, il s'agit de traités internationaux. Ces accords ont été soumis au référendum facultatif en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3 de la Constitution. En effet, on a considéré que ces accords entraînaient une « *unification multilatérale du droit* ».

On distingue par ailleurs, en Suisse, entre les différents accords, selon leur nature, leurs effets et leur intensité (accords de coopération, accords d'association, accords d'intégration, etc.).

b. Du point de vue de l'UE

Du point de vue de l'Union européenne, il s'agit de traités internationaux un peu particuliers. En effet, pour la plupart des accords, la Communauté européenne avait la compétence pour agir seule, mais pour l'accord sur la libre circulation des personnes, la compétence appartient toujours aux Etats membres de l'UE. Pour tous les accords, les parties contractantes sont la Suisse et la Communauté européenne, mais pour la libre circulation des personnes (ALCP), les parties contractantes sont la Communauté européenne, la Suisse et tous les Etats membres de l'UE (« accords mixtes »).

L'entrée en vigueur de cet accord dépend donc de sa ratification par tous les Etats membres. Comme les accords bilatéraux I (dont fait partie l'ALCP) sont soumis à la règle du tout ou rien, c'est l'ensemble des accords qui dépendent de la ratification des Etats membres de l'UE.

20.3. L'application des Accords bilatéraux I

a. Le comité mixte

Pour chaque accord bilatéral, un « comité mixte » est créé. Comme son nom l'indique, ce comité est composé des représentants des deux parties. Il est chargé de la gestion et du contrôle de la bonne application des accords bilatéraux. Il ne s'agit donc pas d'une autorité de recours à laquelle les particuliers pourraient s'adresser.

Le comité mixte a trois tâches : (1) il doit formuler des recommandations en vue de l'application optimale des accords bilatéraux ; (2) il doit prendre des décisions dans les cas où les traités le prévoient ; (3) et, enfin, il doit essayer de trouver des moyens de remédier aux difficultés qui pourraient survenir dans l'application des accords.

b. L'effet direct

Nous avons vu que les règles d'un traité étaient soit « *non self executing* », soit « *self executing* ». Dans le premier cas, la règle s'adresse à l'autorité législative interne qui devra concrétiser la règle du traité. Dans le second cas, la règle sera directement utilisable par les particuliers : ils pourront l'invoquer devant les tribunaux comme si c'était du droit interne. Pour savoir à quelle catégorie une règle appartient, il faut interpréter son texte.

Dans l'application des accords bilatéraux, il sera important de voir quels articles seront d'effet direct et conféreront donc directement des droits aux particuliers. On peut déjà partir de l'idée, au vu du texte des accords, qu'un certain nombre de leurs dispositions devrait se voir reconnaître la qualité d'applicabilité directe.

20.4 L'effet des accords bilatéraux sur l'ordre juridique interne

a. La primauté

Comme nous l'avons vu, un Etat qui a ratifié un traité international ne peut invoquer le fait que son droit interne ne soit pas compatible pour invalider le traité. Le droit international prime donc le droit national antérieur et postérieur.

Par exemple, il y a un conflit potentiel entre l'accord bilatéral sur le transport terrestre et l'art. 84 al. 2 Cst. En effet, l'art. 84 al.2 Cst prévoit que le trafic de marchandises sur les axes alpins s'effectue par rail et que seules certaines exceptions sont admises. L'accord sur les transports terrestres prévoit au contraire une certaine libéralisation des transports de marchandises par la route. Même si l'art. 84 al. 2 Cst est une règle de rang constitutionnel (antérieure à la conclusion de l'accord bilatéral), la Suisse ne pourra pas s'en prévaloir pour violer l'accord.

b. L'harmonisation du droit suisse

En vue de l'application des accords bilatéraux, la Suisse a dû harmoniser sa législation avec le droit communautaire. Elle a dû rendre plusieurs dispositions légales compatibles avec l'ordre juridique communautaire. L'adaptation a déjà été faite pour de nombreuses lois comme la loi sur la circulation routière, la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, etc. Certains détails restent encore à adapter.

Cette harmonisation est nécessaire pour éviter que des lois suisses soient incompatibles avec les accords bilatéraux. Par exemple, dans la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, il a fallu ajouter une clause prévoyant que cette loi ne s'applique que si l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes n'en dispose pas autrement. Si cette loi n'avait pas été modifiée, il y aurait eu une incompatibilité.

§ 21 LA SUISSE ET L'AELE (POUR MEMOIRE)

Textes législatifs : Convention de Stockholm et Convention (révisée) de Vaduz

Bibliographie : O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?, Zurich, 1990 ; site internet : <http://www.efta.int/>

21.1. Généralités

L'Association européenne de libre-échange (AELE ; *European Free Trade Association* ; EFTA) a été fondée en 1960 par sept pays (Convention de Stockholm) : Autriche, Danemark, Irlande, Norvège, Suède, Suisse et Royaume-Uni. Les ont rejoint la Finlande, en 1961, l'Islande, en 1970 et le Liechtenstein, en 1991. En 1973, le Royaume-Uni et le Danemark ont quitté l'AELE pour rejoindre la CE. Ils furent suivis par le Portugal en 1986, ainsi que par l'Autriche, la Finlande et la Suède en 1995. Actuellement, les membres de l'AELE sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse. A noter que, des quatre, seule la Suisse n'est pas membre de l'EEE.

En 2001, la Convention originale a été révisée par les quatre membres actuels, de manière à y inclure de nombreux principes et de nombreuses règles désormais en vigueur entre les Etats ayant conclu l'Accord EEE ainsi qu'entre la Suisse et l'UE (Accords bilatéraux I). On parle désormais de la Convention de Vaduz du 21 juin 2001, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, en même temps que les Accords bilatéraux I.

A l'origine, ses objectifs (art. 2 Convention de Stockholm) étaient de favoriser la croissance, la prospérité économique, le plein emploi, la stabilité financière, l'amélioration continue du niveau de vie et l'exploitation rationnelle des ressources au sein de ses membres, ainsi que de promouvoir une coopération économique plus étroite entre les Etats de l'Europe de l'ouest. En outre, ses Etats membres souhaitaient contribuer à l'expansion mondiale du commerce.

Le premier but de l'AELE a donc été de créer un cadre juridique destiné à promouvoir la libéralisation du commerce des biens entre ses membres. Mais l'AELE a par la suite aussi été considérée comme une manière de contrebalancer le développement (plus politique) de la CEE (CE/UE). En cela, l'AELE peut être considérée comme un échec, si l'on considère le développement de la CE par rapport à celui de l'AELE. Les relations avec la CE ont du reste été au centre des préoccupations et des activités de l'AELE depuis le début, et ont abouti à l'adoption et l'entrée en vigueur de l'Accord EEE en 1994 (sauf pour la Suisse). L'AELE a également pour objectif de favoriser et de développer les accords de commerce avec des Etats tiers ou des organisations d'Etats tierces, notamment avec les pays d'Europe centrale et orientale (PECOs) et les pays méditerranéens. Plus récemment, l'AELE a passé des accords de libéralisation du commerce avec des pays d'outre-Atlantique et des pays d'Asie.

21.2. Le contenu des accords AELE (en bref)

a. *La Convention de Stockholm de 1960 (pour mémoire)*

Les accords AELE établissaient notamment les moyens juridiques et institutionnels propres à réaliser les objectifs de l'Association. A côté des accords de type purement douanier, on trouvait également

des dispositions conventionnelles facilitant les échanges d'un point de vue technique ainsi que des dispositions établissant un cadre institutionnel aux accords.

On distinguait principalement (mais pas seulement) quatre types de règles :

i. Les règles d'origine

Il s'agissait des règles définissant ce qu'il faut entendre par produits originaires de la zone AELE, autrement dit originaires d'un des Etats membres de l'Association, et pouvant par conséquent circuler et être commercialisés sous le régime des accords au sein de la zone de libre-échange.

Depuis sa création, l'AELE avait connu deux systèmes de règles d'origine : les règles dites AELE avant 1973, puis les règles dites ALE (Accords de libre-échange de 1972, passés avec la CEE), de type bilatéral, après cette date.

ii. Les règles de concurrence

La Convention de Stockholm contenait des règles destinées à assurer aux échanges entre Etats membres des conditions de concurrence équitables, qui visaient aussi bien les pratiques gouvernementales que les comportements des entreprises privées ou publiques susceptibles de fausser la concurrence : aides gouvernementales (art. 13 AELE), achats publics (art. 14 AELE), pratiques commerciales restrictives (art. 15 AELE), dumping (art. 17 AELE), etc.

Le but était de garantir que les avantages résultant du libre-échange ne soient pas anéantis par certaines mesures ou certains comportements gouvernementaux ou privés.

iii. Le régime (cadre juridique) du libre-échange (à proprement parler)

Les accords contenaient bien sûr des dispositions traitant des obstacles tarifaires et des obstacles non tarifaires (notamment les obstacles quantitatifs, administratifs et techniques) aux échanges au sein de la zone de libre-échange.

iv. Les règles établissant des structures institutionnelles et des structures de règlement des différends

1° Selon la Convention de Stockholm

La Convention de Stockholm établit un seul organe décisionnel, dont elle définit les pouvoirs de manière exhaustive et qui agit selon le principe de l'unanimité : le Conseil.

En cas de différend non réglé par les Etats membres eux-mêmes et de violation avérée des obligations conventionnelles, le Conseil peut décider (à la majorité cette fois) de prendre des sanctions, qui consistent dans l'autorisation de suspendre, à l'égard de l'Etat membre fautif, l'application des obligations conventionnelles dans la mesure que le Conseil juge appropriée.

2° Selon l'Accord EEE

Avec l'entrée en vigueur de l'Accord EEE en 1994, une nouvelle institution a vu le jour, l'Autorité de surveillance AELE, basée à Bruxelles, qui a pour mission de garantir que l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège, ainsi que leurs entreprises respectent les obligations découlant de l'Accord EEE. Elle dispose de pouvoirs d'investigations.

A également été instituée une Cour AELE à laquelle sont soumis les trois Etats membres précités.

b. La Convention révisée de Vaduz du 21 juin 2001

La nouvelle Convention intègre dans les accords AELE les principes et règles en vigueur dans l'Accord EEE et celles en vigueur dans les Accords bilatéraux I. Le but est de faire en sorte que tous les Etats membres de l'AELE bénéficient les uns à l'égard des autres des mêmes avantages et régimes que ceux dont ils bénéficient à l'égard de l'UE.

En gros, cela revient à reprendre purement et simplement le contenu de l'EEE et des Accords bilatéraux, soit une grande partie du droit communautaire, entre les Etats membres de l'AELE.

Les principaux domaines de réglementation inclus dans la Convention révisée sont :

- la reconnaissance mutuelle de certificats de conformité ;
- la protection des droits de la propriété intellectuelle ;
- la libre circulation des personnes, la sécurité sociale et la reconnaissance des diplômes ;
- les investissements et les services ;
- les transports routiers, par rail et par air ;
- les marchés publics ;
- l'agriculture.

§ 22 LA SUISSE ET L'OMC (BREF SURVOL)

Textes législatifs : Accords GATT, GATS et TRIPs.

Bibliographie: G.-M. HENRY, L'OMC, Levallois-Perret, 2006; J.J. Schott (ed.), The WTO after Seattle, Washington D.C., 2000; site internet: <http://www.wto.org>

22.1 L'Accord GATT

En 1947, à la suite du conflit mondial, alors qu'il était nécessaire de remettre en marche les relations économiques internationales, près de 130 pays ont signé un accord commercial visant la réduction d'abord, puis la suppression des droits de douane (GATT = *General Agreement on Tariffs and Trade*).

Dans le but d'éliminer les droits de douane, l'accord prévoyait plusieurs principes :

- le principe de la clause de la nation la plus favorisée (CNPF ; art. 1^{er}) ;
- la possibilité d'instaurer des droits anti-dumping (art. II, 2) ;
- le but de l'élimination générale des restrictions quantitatives.

En avril 2015, l'OMC comptait 161 membres (dont la Suisse) et observateurs. A noter qu'à l'exception du Saint-Siège, les pays ayant le statut d'observateur doivent engager les négociations en vue de leur accession dans les cinq ans qui suivent l'obtention de ce statut.

Plusieurs organisations internationales jouissent aussi du statut d'observateur auprès de l'OMC.

22.2. L'accord OMC de Marrakech

L'accord original a constamment fait l'objet de négociations dans le but d'en étendre la portée. Lors de la dernière modification apportée à Marrakech, au Maroc, en 1994, les domaines suivants ont été ajoutés :

- l'agriculture ;
- les obstacles techniques au commerce ;
- les règles d'origine.

Jusqu'en 1994, le suivi des dossiers du GATT était assuré par le Secrétariat général, dont le siège était à Genève. A Marrakech, les Etats signataires du GATT décidèrent la création d'une véritable organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique, avec siège à Genève : l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC ; en anglais, « *World Trade Organisation, WTO* »), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995. L'OMC compte actuellement 153 membres (en juillet 2008) (cf. <http://www.wto.org/>).

Les organes de l'OMC sont :

- une Conférence ministérielle, qui est l'organe de décision suprême de l'OMC, doit se réunir au moins une fois tous les deux ans. Elle rassemble tous les Membres de l'OMC (pays ou unions douanières). La Conférence ministérielle est habilitée à prendre des décisions sur toutes les questions relevant de tout accord commercial multilatéral ;
- un Conseil général, composé de représentants (habituellement, des ambassadeurs ou des fonctionnaires de rang équivalent) de tous les gouvernements Membres ; il est habilité à agir au nom de la Conférence ministérielle, qui ne se réunit que tous les deux ans. Le Conseil général se réunit aussi, en vertu de mandats différents, en tant qu'Organe de règlement des différends et en tant qu'Organe d'examen des politiques commerciales ;
- un Conseil du commerce des marchandises, composé de représentants de tous les pays Membres de l'OMC, qui veille au fonctionnement du GATT ;
- un Conseil du commerce des services, qui exerce ses fonctions sous la conduite du Conseil général, est chargé de superviser le fonctionnement de l'Accord général sur le commerce des services (GATS ou AGCS) ;
- un Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle ;
- un Secrétariat dirigé par un Directeur général (actuellement : le Français Pascal Lamy, ancien Commissaire européen).

De plus, dans le cadre de l'OMC, les Etats signataires ont mis sur pied :

- des structures de règlement des différends : jusqu'en 1995, les conflits relatifs au non-respect des accords ne pouvaient être réglés que par l'ensemble des Etats signataires ; actuellement, les conflits sont soumis à un Organe de règlement des différends (cf. Conseil général), dont les décisions peuvent être portées devant un Organe d'appel.

- des mécanismes d'examen des politiques commerciales des Etats signataires (organe = Conseil général).

Actuellement, des négociations sont en cours, appelées « Programme de Doha ». Parmi ces négociations figurent notamment celles qui ont trait à l'agriculture et aux services, qui ont commencé au début de 2000. Un certain nombre de questions y ont par ailleurs été ajoutées. Après un premier échec partiel lors de la 5^e Conférence ministérielle de Cancun, au Mexique, en 2003, les (à l'époque) 147 gouvernements membres de l'OMC ont approuvé, le 31 juillet 2004, un ensemble d'accords cadres et autres accords, propres à améliorer grandement les chances des Membres de mener à bien les négociations de Doha (« Accords de mise en œuvre »).

Les négociations ont sérieusement redémarré en automne 2005, à Hong-Kong, et sont encore en cours en automne 2009. Des réunions ont eu lieu en 2009, 2010, ainsi qu'en juillet 2011 et en 2013. Un paquet, dit « Paquet de Bali », a été adopté en décembre 2013, à l'issue de la 9^e Conférence ministérielle. Les négociations se poursuivent à l'heure actuelle. Il est à noter que chaque élément de la négociation fait partie d'un ensemble indivisible et ne peut faire l'objet d'un accord séparé. C'est ce que l'on appelle l'« engagement unique » : « Rien n'est convenu tant que tout n'est pas convenu. » (Pour plus d'actualités, cf. www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm)

22.3. Les Accords GATS et TRIPs et l'Accord sur les marchés publics

Alors que le GATT se rapporte aux échanges de marchandises, les Etats signataires ont jugé nécessaire, lors de la dernière révision à Marrakech, d'étendre les principes du GATT à d'autres activités telles que les services et les droits de la propriété intellectuelle. Ont alors été adoptés deux nouveaux accords :

- GATS : accord général sur le commerce des services ;
- TRIPs : accord général sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

De plus, un nombre plus restreint de pays ont signé un autre accord : l'AMP, l'accord sur les marchés publics.

22.4. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Exercice

Une entreprise peut-elle faire valoir des droits selon les règles de l'OMC ?